

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“ANÁLISIS DE LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL DL N° 689 Y
EL RÉGIMEN LABORAL PARA VENEZOLANOS, REGULADO
EN EL ARTÍCULO 12 DEL DS N° 001-2018-IN”**

Presentada por:

Br. DIEGO ALDO GARCIA CHAPA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Línea de Investigación Institucional: Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea de Investigación: Derecho Constitucional

**PIURA – PERÚ
2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**"ANÁLISIS DE LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL DL N° 689 Y
EL RÉGIMEN LABORAL PARA VENEZOLANOS, REGULADO
EN EL ARTÍCULO 12 DEL DS N° 001-2018-IN"**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Bach. Diego Aldo García Chapa
Ejecutor

Mg. Esthely Rosa Bayona Castro
Asesor

Línea de Investigación Institucional: Legislación y Ciencias Políticas

Sub línea de Investigación: Derecho Constitucional

PIURA – PERÚ
2019

SOLICITO:

Certificado Negativo

Señor Dra.

ALINA DEL PILAR ANTON CHAVEZ

Jefa de la Oficina central de Investigación

Presente.-

El que suscribe DIEGO ALDO GARCIA CHAPA
Alumnos de la Facultad de DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS Ante usted
respetuosamente me presento y expongo:

Que siendo requisito obtener el, Certificado Negativo para realizar el trámite de presentar el
proyecto de Investigación

" ANALISIS DE LA JERARQUIA NORMATIVA DEL D.L. N° 689 Y EL
REGIMEN LABORAL PARA VENEZOLANOS REGULADO EN EL ARTICULO 12 DEL DS N° 001-2018-IN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS ", perteneciente a la Facultad de
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, por lo que cumpla con alcanzar a fin de
que se realice el trámite correspondiente y se me expida el certificado respectivo.

Seguro de la atención que brinde a la presente por ser justicia, quedo de Ud.

Piura, a 11 de AGOSTO 2018

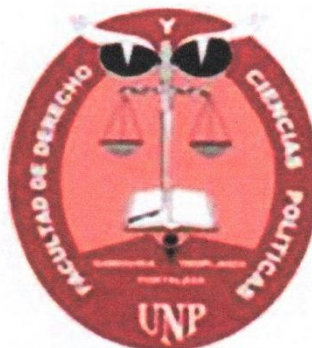


DNI N° 47343670

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales -RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



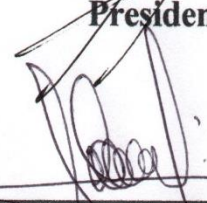
TESIS

**“ANÁLISIS DE LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL DL N° 689 Y EL
RÉGIMEN LABORAL PARA VENEZOLANOS, REGULADO EN EL
ARTÍCULO 12 DEL DS N° 001-2018-IN”**

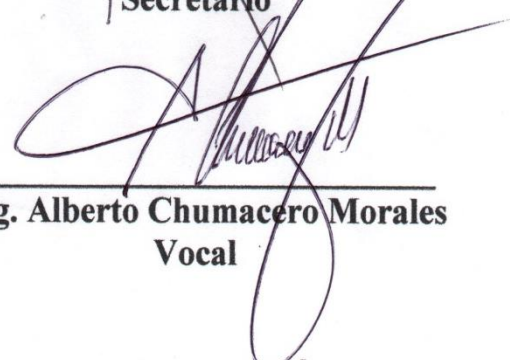
TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



Dr. Santiago Herrera Navarro
Presidente



Dr. Grimaldo Chong Vásquez
Secretario



Mag. Alberto Chumacero Morales
Vocal

PIURA – PERÚ
2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
019-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: **"ANÁLISIS DE LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL D.L N° 689 Y EL RÉGIMEN LABORAL PARA VENEZOLANOS, REGULADO EN EL ARTÍCULO 12 DEL D.S N° 001-2018-IN"**, presentada por el Bachiller **DIEGO ALDO GARCIA CHAPA** con el asesoramiento de la Mag. Esthery Rosa Bayona Castro; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ☒

DESAPROBADA ☐

Con la mención de:

Muy Bueno

- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 19 de enero de 2019


DR. SANTIAGO HERRERA NAVARRO
PRESIDENTE


DR. GRIMALDO SALCEDO CHONG VÁSQUEZ
SECRETARIO


MAG. JOSÉ ALBERTO CHUMACERO MORALES
VOCAL I

A Dios por darme la vida.

A mis amados padres Luis y Petty. Siempre.

A mi querida tía Meche, mis hermanos y familiares que me alentaron día a día, dándome el impulso necesario para salir siempre adelante,

A Cinthia, amiga, compañera de amanecidas y esfuerzos académicos compartidos.

Mi sincero agradecimiento a la Dra. Esthely Bayona, por la orientación brindada, a mis amigos y compañeros que de alguna forma contribuyeron con el presente trabajo.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	15
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	15
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.	16
1.3. OBJETIVOS	16
1.3.1 Objetivo General	16
1.3.2 Objetivo Especifico	16
1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.	16
1.4.1 Delimitación Espacial.....	16
1.4.2 Delimitación temporal	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	17
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	17
2.2. BASES TEÓRICAS.....	18
2.2.1. La Migración (VICTORIA ROSAS, 2014).....	18
2.2.1.1. Concepto de migración	18
2.2.1.2. Enfoques sobre la migración	19
2.2.2. La Norma Jurídica en el Sistema Legislativo Peruano (CASTILLO CALLE, 2012)	20
2.2.2.1. Antecedentes	20
2.2.2.2. Principios de la Normativa Sistemática del Orden Jurídico	21
2.2.3. Régimen Laboral de Trabajadores Extranjeros en el Perú, Beneficios y Derechos Constitucionales que protegen al trabajador (LINARES VIZCARRA, 2010).....	22
2.2.3.1. Contratación de extranjeros.-.....	22
2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS	22
2.4 MARCO REFERENCIAL.....	23
2.4.1. La Jerarquía Normativa en el Ordenamiento Jurídico Peruano (FURNISH, 1972)	23
2.4.1.1. La Constitución Peruana.....	24
2.4.1.2. Legislación: Por el Congreso o el Ejecutivo	25
2.4.1.3. Disposiciones del Poder Ejecutivo.....	26
2.4.1.3.1. Facultades Legislativas del Ejecutivo	26
2.4.1.3.2. La Jerarquía de los Actos Administrativos.....	27
2.4.2. La Migración	30

2.4.2.1. Antecedentes de la Migración (CULQUI FERNANDEZ, 2015)	30
4.2.2. Conceptos Básicos de la Migración	32
2.4.2.3. Concepto de Migración Laboral	32
2.4.3. La Migración Laboral en el Perú (CULQUI FERNANDEZ, 2015)	35
2.4.4. Los Regímenes Laboral de los trabajadores extranjeros en el Perú	42
2.4.5. Derechos Laborales Migratorios (CULQUI FERNANDEZ, 2015).....	51
2.4.5.1. La Comunidad Andina de Naciones y su aplicación en el Perú	51
2.4.5.2. El Mercado Común del Sur y su aplicación en el Perú	55
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	57
3.1 ENFOQUE Y DISEÑO.	57
3.2 SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN.	58
3.3 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS.	58
3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	58
3.5 ASPECTOS ÉTICOS.....	59
CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPOTESIS	60
4.1 Probanza Jurídico Social	60
4.2 Probanza Jurídico Doctrinal.....	61
4.2.1 La jerarquía normativa entre el Decreto Legislativo N° 689 y el Decreto Supremo N° 001-2018-IN que regula el régimen jurídico laboral para venezolanos.....	61
4.2.2 El Decreto Legislativo N° 689 y su regulación en la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú.	64
4.2.3 Implicancias de la aplicación <i>del artículo 12</i> regulado en el DS N° 001-2018-IN en el Perú.....	68
CONCLUSIONES	70
RECOMENDACIONES	72
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Cuadro N° 1.- Lima: Población por grupos étnicos según sexo, 1613	36
Cuadro N° 2.- Países de Europa, América Latina y otros países de la OCDE.....	400

RESUMEN

Perú es considerado como el segundo país en el mundo que acoge a mayor número de migrantes venezolanos, 456 mil es la cifra de ciudadanos venezolanos en Perú respecto a inicios de setiembre del 2018, de los cuales 106 mil ya cuentan con Permiso Temporal de Permanencia, según informe emitido por la Superintendencia Nacional de Migraciones.

El gobierno no puede ser, ni ha sido indiferente a ello y, frente a los actuales escenarios es que, a inicios del año 2017, el Poder Ejecutivo, a través de las facultades otorgadas, empezó a emitir normas jurídicas dirigidas a la protección de los ciudadanos venezolanos que ingresaban al territorio nacional; seguido de ello, en enero del presente año, se publicó el DS N° 001-2018, por el cual se aprueban los lineamientos para el otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia para las personas de nacionalidad venezolana, además de regular el Régimen Laboral, el cual ha sido materia de la presente investigación.

El presente trabajo toma como ejemplo las diversas investigaciones realizadas en tesis de pre y post grado referente a la regulación de la contratación de los trabajadores extranjeros en el Perú. Así como también, se realizó un análisis de lo regulado en el Decreto Legislativo N° 689 y diversos tratados y convenios internacionales al que Perú se encuentra adscrito. Finalmente, se analizó las normas que se han venido creando en favor de los ciudadanos de nacionalidad venezolana, frente al marco normativo ya existente.

Palabras claves:

Permiso Temporal de Permanencia, Decreto Legislativo, Régimen Laboral, Ciudadanos Venezolanos.

ABSTRAC

Peru is considered the second country in the world that hosts the largest number of Venezuelan migrants, at the beginning of September 2018 the number of Venezuelan citizens in Peru was 456 thousand, of which 106 thousand already have a Temporary Permit to Stay, According to a report issued by the National Superintendency of Migrations.

The government can not be, nor has it been, indifferent to this and, in the face of current scenarios, at the beginning of 2017, the Executive Power, through the powers granted, began issuing legal norms aimed at the protection of Venezuelan citizens who entered the national territory; followed by this, in January of this year, the Supreme Decret No. 001-2018 was published, by which the guidelines for the granting of the Temporary Permanence Permit for people of Venezuelan nationality are approved, in addition to regulating the Labor Regime, the which has been the subject of the present investigation.

The present work takes as an example the diverse researches realized in thesis of pre and post degree referring to the regulation of hiring foreign workers in Peru. In addition, an analysis of what is regulated in Legislative Decret N ° 689 was made and various international treaties and agreements to which Peru is attached. Finally, we analyzed the rules that have been created in favor of Venezuelan citizens, compared to the existing regulatory framework.

Key words:

Temporary Permit of Permanence, Legislative Decree, Labor Regime, Venezuelan Citizens

INTRODUCCIÓN

Desde inicios de la crisis que afronta el país bolivariano de Venezuela, los ciudadanos venezolanos se vieron en la necesidad de migrar a diferentes países de la región; siendo su principal motivo, la búsqueda de nuevas oportunidades de empleo.

Perú no ha sido ajeno a ello, ya que en los últimos años el ingreso de personas de nacionalidad venezolana ha venido incrementando según cifras oficiales emitidas por la Superintendencia Nacional de Migraciones. Esto ha llevado al estado Peruano a regular el ingreso, permanencia y salida del país, así como establecer las políticas migratorias que garantice la protección de sus derechos fundamentales. Así mismo; se procedió a otorgarles el “Permisos Temporales de Permanencia”, actualmente regulado en el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, el mismo que ha sido objeto de la presente investigación.

Así, se tiene que en Perú desde el año 1932 viene siendo regulada la contratación de trabajadores extranjeros, experimentando diversas modificaciones a lo largo del tiempo, estando actualmente regulado por el Decreto Legislativo N° 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros (que entra en vigencia el 04 de noviembre de 1991)- y su reglamento, el Decreto Supremo N° 014-92-TR (vigente desde 23 de diciembre de 1992).

De lo antes mencionado y en el actual marco normativo, se expidió el Decreto Supremo N° 001-2018-IN del 23 de enero del 2018, por el cual se aprueban los lineamientos para el otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia (PTP) para personas de nacionalidad venezolana; el cual ha sido de especial importancia del presente trabajo, el análisis del artículo 12-Regimen Laboral-por el cual los ciudadanos venezolanos beneficiados con el PTP, se ven liberados de requisitos previos establecidos en el Decreto Legislativo N° 689.

Por ello, el presente trabajo de tipo documental se dividió en cuatro partes: El Capítulo I comprende los Aspectos de la Problemática donde se describe de manera detallada la situación real que existe en el Perú respecto a la regulación de la contratación los trabajadores extranjeros en el Perú y el trato que se les ha venido dando a las personas de nacionalidad venezolana.

En el Capítulo II hace referencia al Marco teórico en el cual, se desarrolló diversas teorías y conclusiones de autores acerca de lo que constituye la vulneración al orden jurídico establecido y la regulación peruana de la contratación de trabajadores extranjeros.

En el Capítulo III respecto al Marco Metodológico, se detalló los métodos y procedimientos que fueron utilizados en el desarrollo de la investigación.

Finalmente el Capítulo IV referente a la Probanza de la Hipótesis, desarrolló los objetivos con lo cual se pudo comprobar las hipótesis planteadas en la investigación; así mismo se detallan las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En los dos últimos años se incrementó la migración de personas de nacionalidad venezolana en los diferentes países de América Latina, enfocada principalmente en la búsqueda de oportunidades de trabajo en el mercado laboral.

Según el informe emitido por la Superintendencia Nacional de Migraciones, a julio del 2018, los venezolanos que migraron al Perú son aproximadamente 368.000, quienes en su mayoría lo hace por razones económicas y falta de trabajo, según una investigación difundida por la oficina en Lima de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM).

Por ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Superintendencia Nacional de Migraciones, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre otros entes, empezaron a adoptar medidas de diferente índole, y así poder brindar protección de carácter laboral, civil, social, etc. El enfoque principal de la presente investigación, ha sido la regulación laboral que ha venido siendo desarrollada en favor del extranjero de nacionalidad VENEZOLANA, siendo uno de los principales, lo regulado por el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, del 23 de enero del 2018.

Ahora bien, el presente trabajo de investigación titulado “Análisis de la jerarquía normativa del DL N° 689 y el régimen laboral para venezolanos, regulado en el artículo 12 del DS N° 001-2018-IN”; pretendió determinar de qué manera se está vulnerando la jerarquía normativa entre lo regulado por el Decreto Legislativo (*Decreto Legislativo N° 689*) y el Decreto Supremo (*Decreto Supremo N° 001-2018-IN*), es decir, la trasgresión al orden de prelación de las normas jurídicas, a través de la cual prevalece una por encima de otra al momento de su aplicación.

Entonces, cabe preguntarse ¿existe una vulneración al orden jurídico de las normas antes mencionadas?; a resolver esta “incertidumbre jurídica” apuntó el presente trabajo.

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

Con la presente investigación se buscó analizar, como se viene regulando el régimen laboral de los extranjeros en el Perú dentro de la normativa sustantiva; además de haber realizado un análisis de cómo el elevado número de personas de nacionalidad venezolana que ingresan a territorio Peruano en busca de oportunidades laborales, conllevó a los órganos del estado, a la generación de normas que estarían vulnerando el orden jurídico nacional.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Determinar si existe vulneración de la jerarquía normativa entre el Decreto Legislativo N° 689 y el Decreto Supremo N° 001-2018-IN que regula el régimen jurídico laboral para venezolanos.

1.3.2 Objetivo Especifico

Analizar de qué manera el Decreto Legislativo N° 689 Regula la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú.

Determinar cuáles con las implicancias de la aplicación *del artículo 12* regulado en el DS N° 001-2018-IN en el Perú.

1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

1.4.1 Delimitación Espacial

La presente investigación se limitó al análisis del régimen laboral para la contratación de trabajadores extranjeros, vinculado directamente al Decreto Legislativo N° 689, el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, y la Constitución Política del Perú.

1.4.2 Delimitación temporal

Se tomó como referencia el último dispositivo legal emitido por el Poder Ejecutivo, Decreto Supremo N° 001-2018-IN, publicado el 23 de enero del presente año, 2018.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Ángela Culqui Fernández (2015) en su tesis realizada en Lima “*Los Derechos Laborales de los Trabajadores Migrantes en el Perú*”, concluye lo siguiente:

La política de inmigración al Perú se encuentra desarrollada por la Ley de Extranjería, la Ley de Contratación de Extranjeros y reglamento, y la Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Migraciones, sin embargo a excepción de la última, se trataban de normas con más de 20 años de vigencia, que no se encuentran a la vanguardia de los procesos migratorios que el Perú atraviesa hoy en día, así como no se encuentran en total concordancia con los instrumentos internacionales. Ello debido a que al momento de su promulgación la composición migratoria en el Perú era diferente, éramos un país que principalmente enviaba migrantes más que un país receptor de migrantes, por lo cual su tratamiento era visto desde un enfoque de seguridad nacional más que a través de un enfoque de política pública que asegure el respeto de los derechos de los migrantes.

La Ley de Extranjería no cuenta con un reglamento que desarrolle su aplicación, en vez de ello se encuentra desarrollada por el Texto Único Ordenado de la Superintendencia de Migraciones, lo cual implica una deficiencia normativa, toda vez que señala la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, el Texto Único solo puede ser consecuencia de un Decreto Supremo o norma de mayor jerarquía, sistematizando únicamente el Texto Único lo establecido en dichas normas, por lo cual no habilita la creación de procedimientos y requisitos a través del TUPA, como se ha venido generando en el ámbito migratorio hasta el momento.

Al igual que la norma de migraciones, la Ley de Contratación de Extranjeros en el Perú, consideramos que debe ser revisada y actualizada la nuevo marco migratorio que se encontrará vigente en el Perú, con la finalidad de obtener una reforma integral, que asegure el efectivo cumplimiento de los derechos laborales de los migrantes al Perú.

Ataca Ugaz, May Lina y Galindo Valer, Valeria (2014), en su artículo realizado en Lima “*La Contratación de los Trabajadores Extranjeros en el Perú: Procedimientos y Convenios suscritos por nuestro país que facilitan la contratación*”, concluyen lo siguiente:

De la revisión de las diversas normas que regulan los aspectos laborales y migratorios comprendidos para la contratación del personal extranjero en el Perú, consideramos que nuestro sistema aún no funciona como un eje articulado. El MTPE y Migraciones no establecen medidas integrales y coherentes a las necesidades de las empresas y de los objetivos de los convenios suscritos por el Perú.

Hasta que no se cuente con una visión integral de ambos aspectos (laboral y el migratorio), las soluciones que se planteen solo van a tener un alcance parcial y, por ende, van a ser ineficaces.

Atendiendo a las prerrogativas y objetivos de los convenios sobre residencia y a las necesidades de circulación de personal lo ideal consistiría en una modificación de la actual LCPE, a fin de incluir calidades migratorias idóneas a tales necesidades. Por ejemplo, un supuesto específico para los extranjeros que adquieran residencia con motivo de su acogimiento de los diversos tratados sobre residencia suscritos por el Perú o una visa de trabajo simplificada para aquellas ocasiones en las cuales las empresas necesitan contar con personal extranjero solo por periodos breves y de manera intempestiva.

Se requiere el establecimiento de una línea de comunicación entre las diversas entidades que intervienen en el proceso de contratación de ciudadanos extranjeros: MTPE, Migraciones, Interpol, Consulados, Ministerio de Relaciones Exteriores. Ello permitirá que los requisitos, procedimientos y plazos que establezca cada entidad guarden coherencia entre sí.

Cajo Cosavalente, José David (2017), en su trabajo académico realizado en Lima *“La Contratación de los Trabajadores Extranjeros en el Perú. ¿Amparando la Discriminación Laboral por Condición de Nacionalidad?”*, concluye lo siguiente:

La normativa que regula la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país, al haber sido promulgada durante la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, viene colisionando con la actual Carta Magna, específicamente con el Principio – Derecho de Igualdad y el Principio de No Discriminación, situación que vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros, al verse sometidos a un tratamiento diferenciado que no se encuentra debidamente justificado.

Realizado el análisis jurídico pertinente, apreciamos que existe una contradicción entre las normas que regulan la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país con lo previsto en nuestra norma constitucional vigente y anotando que la situación económica, política y social en la que estas fueron dadas han cambiado drásticamente.

En base al test de igualdad, podemos apreciar que no existe una justificación para el tratamiento diferenciado que hasta la fecha se viene efectuado a la regulación de la contratación de trabajadores extranjeros, lo que se demuestra en la realidad la premisa subjetiva del legislador de que el trabajador extranjero va a desplazar al trabajador nacional restándoles puestos de trabajo a estos últimos, resulta ser a todas luces discriminatoria, máxime que si nuestra actual Constitución Política del Perú ya no hace distinción alguna entre estos, de acuerdo al análisis efectuado.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. La Migración (VICTORIA ROSAS, 2014)

2.2.1.1. Concepto de migración

Si bien, el concepto de migración ha sido explicado desde diversas disciplinas, siendo considerado como un fenómeno multifacético, no podemos señalar que exista consenso sobre el mismo, llegándose a sustentar que es un concepto difuso y que no existe una definición operativa de las migraciones. Sin embargo, resulta importante partir de un concepto de éste fenómeno llamado migración, dada la importancia de su presencia en el desarrollo de las sociedades y de los múltiples efectos que ella nos ha presentado a lo largo de la historia. Así, el sociólogo Zygmunt Bauman, analiza como las ciudades se van organizando por detener o ubicar a los migrantes que llegan a ellas, cuando señala:

“Los extranjeros vienen, pues, como lo hicieron antes que ellos nuestros progenitores, nuestros abuelos y bisabuelos, que cargaron sus maletas y emigraron, desde ciudades superpobladas como Alemania, Suecia, Polonia o Rusia, a Norteamérica, Canadá o Suramérica. Ahora, ellos son los mismos, pero moviéndose en dirección inversa y desembarcan en Milán, Copenhague y en tantas otras

ciudades buscando las mismas cosas que buscaron nuestros progenitores, es decir, pan y agua, puesto que también quieren vivir”

Así, dada la importancia del término migración y desde una perspectiva multifacética, consideramos que la migración es: *“la acción mediante la cual un individuo toma la decisión de trasladarse al lugar de destino por razones económicas, sociales y/o políticas, y en cuya acción el individuo experimenta un proceso de modificación de su estructura productiva y social, e inserción en las afiliaciones en otras comunidades”*

2.2.1.2. Enfoques sobre la migración

La complejidad del motivo o los motivos que causan las migraciones ha sido desarrollada y explicada por diversas teorías. Para fines de ir delimitando la migración laboral dentro de un enfoque integral de migración, se pasarán a desarrollar las más resaltantes, seleccionándose la o las que, de manera complementaria permitirán elaborar una posición en torno a una de las modalidades más resaltantes de aquella: la migración laboral.

Todas las teorías difieren en razón que toman como punto de partida distintos elementos desde la perspectiva multifacética que tiene la migración. Así tenemos:

- La teoría de la modernización, presentada por Gino Germani, que resalta a la migración como el paso de una sociedad tradicional a una moderna, siendo el resultado de una evaluación de las condiciones objetivas y normativas que realiza el individuo en su entorno.
- La teoría histórico- estructural presenta a las migraciones como el producto histórico de un orden capitalista internacional, compuesto por un núcleo de países industrializados y una periferia. En esta teoría el hombre no es libre de decidir dado que está condicionado a una estructura histórica.
- La teoría neoclásica ha considerado dos perspectivas. Desde su perspectiva “macro” plantea que la migración se realiza debido a los diferenciales de salarios y condiciones de empleo. Los defensores de esta teoría, como Ravenstein, Lee, Ranis, Todaro, mencionan esta teoría como la del “push –pull”. Desde su perspectiva “micro”, se les suma a estas consideraciones el rol que cumple la voluntad del individuo de migrar.
- La teoría de la nueva economía sobre la migración, a diferencia de la anterior, señala que el peso de la decisión de migrar se encuentra en la familia, resultando una estrategia que es decidida por el núcleo familiar. Esta teoría podría explicar mejor las circunstancias familiares condicionantes del que decide migrar, dado que en un contexto de ofertas laborales en un país distinto al de origen, dicha persona evaluará otros factores vinculados con su núcleo familiar.
- La teoría de los mercados duales, cuyo principal referente fue Piore, prioriza el estudio de las migraciones en los países de destino, y se concibe como “una respuesta a la creciente demanda de trabajo de baja calificación y prestigio en las economías desarrolladas”.

- La teoría de los sistemas mundiales no resalta la importancia que tiene la demanda de mano de obra de los países desarrollados. El punto de partida de esta teoría es que toda migración se desarrolla en función de los sucesos que ocurren en los países de origen, siendo que las migraciones son atribuidas por los desequilibrios generados por la penetración del capitalismo en las sociedades de origen.
- La teoría de las redes. En ésta teoría se releva los lazos que van desarrollando los migrantes en los países de destino y que a lo largo del tiempo, establecen vínculos que permiten que la migración continúe a partir del apoyo que se brindan a nuevos migrantes.

2.2.2. La Norma Jurídica en el Sistema Legislativo Peruano (CASTILLO CALLE, 2012)

2.2.2.1. Antecedentes

Revisando a tratadistas de ayer y de hoy, encontramos que no hay consenso sobre el origen del Derecho, y cuya historia, sin duda, tiene una vieja data. Quienes trabajan en la especialidad de Historia del Derecho y enseñan este curso en las aulas universitarias se encuentran con una diversidad y pluralidad de planteos que hay sobre el particular. En verdad, se trata de un océano de teorías, enfoques, doctrinas y apreciaciones que hacen difícil y complicada tanto su enseñanza como su aprendizaje.

De ahí que, debido a la necesidad de buscar una explicación racional, breve y factible de acuerdo con los modernos estudios de la historiografía, hoy podemos afirmar que el origen del derecho es producto de una evolución del nivel cultural de diversos pueblos en lugares y tiempos históricos diferentes. Ello sustentado en la primigenia idea del jurista alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), en el sentido de que cada pueblo genera su propio derecho. Recordemos que el conspicuo maestro de Derecho romano en las universidades de Hamburgo y Berlín fue el creador de la Escuela Histórica del Derecho o “movimiento pandectista” (Pandectas o Digesto del Corpus Iuris Civilis, del emperador bizantino Justiniano, 482- 565 d.C.). Es más, fue quien caracterizó al derecho romano como el primer gran sistema jurídico en la historia de la humanidad. Y esto fue así porque él no llegó a conocer de la existencia y extraordinarios logros jurídicos de los sumerios y babilónicos. En efecto, la producción legal mesopotámica fue descubierta a inicios del siglo XX y estudiada posteriormente, esto es, después de 50 años de que falleció von Savigny.

En este contexto, de lo que no cabe duda, hoy en día, es que el primer gran logro jurídico integral en la historia de la humanidad es el Código de Hammurabi, elaborado por el Sexto Rey Babilónico Hammurabi (1728-1686 a. C.), de la primera dinastía, que gobernó Mesopotamia por 40 largos años, en el siglo XVII antes de Cristo.

Teniendo en cuenta los dos grandes aportes jurídicos, de los babilónicos y de los romanos, vamos a dividir el origen del derecho en tres grandes etapas. Se hace sólo con fines metodológico y pedagógico, pero con criterio estrictamente histórico-jurídico, es decir, uniendo ambos elementos en uno solo: la historia y el derecho. Sin duda, ello nos ha permitido un mejor análisis, estudio y comprensión del tema. Estas etapas son:

- Normas morales orales pre jurídicas - prehistóricas (Prehistoria sin derecho: normas consuetudinarias).
- Normas morales-jurídicas históricas: Derecho consuetudinario.
- Normas jurídicas escritas (Derecho).

En consecuencia, la primera etapa, es decir las “normas morales pre jurídicas-prehistóricas”, está totalmente alejada de la concepción del derecho y de la historia. En el caso de la segunda, las “normas morales jurídicas históricas”, constituyen el nacimiento y consolidación del llamado “derecho consuetudinario”. Bien sabemos que este singular derecho oral da paso, relativamente, en poco tiempo, a las normas jurídicas escritas, vale decir, al derecho propiamente dicho, y que corresponde a la tercera etapa, siendo ésta, a su vez, el inicio de la amplia y complicada historia general del derecho, formalmente hablando.

En este orden de ideas, debemos precisar que, definitivamente, en la primera etapa no hubo derecho de acuerdo con el planteo del jurista español Luis Recaséns Siches (Guatemala 1903-México 1977), quien afirmó: “Por otra parte, es verdad que tampoco es Derecho un sistema de normas, normas puramente ideales, normas elaboradas positivamente por los hombres en una cierta situación histórica y de las cuales se predica vigencia formal pero que en conjunto aún no han obtenido realización efectiva, es decir, que no son de hecho cumplidas regularmente. Tales normas carentes de realización fáctica regular no son Derecho. Serán a lo sumo una pretensión de Derecho. Podrán ciertamente tener forma jurídica, pero no Derecho en la significación genuina de esta palabra.”

2.2.2.2. Principios de la Normativa Sistemática del Orden Jurídico

Con respecto a las reglas del orden legislativo podemos señalar que la normatividad sistemática del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas. Las normas legislativas tienen dos reglas de ordenamiento:

- La jerarquía de las normas.- Regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión de las normas - pues dicen quienes las deben dictar y cómo- como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos superiores).
- La coherencia normativa.- Que tiene dos consecuencias dentro del orden jurídico y, más específicamente, dentro de la legislación que aquí tratamos. Una de ellas es que debemos interpretar las normas de cada uno de los niveles jerárquicos como coherentes entre sí; esto es, buscar aquella interpretación que permitan hacerlas armónicas y no la que las haga contradecirse. Si en algún momento tenemos dos posibilidades de interpretación, una armónica y otra contradictoria, por fuerza debemos elegir la armónica y desechar la contradictoria.

Otra consecuencia consiste en que las normas inferiores no deben contradecir a las superiores de manera que resulten incompatibles con ellas. Si tal cosa sucediese (es decir, en caso

de incompatibilidad entre la norma inferior y la superior), entonces la norma superior primara sobre la inferior y esta será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o bien declarada invalida mediante el control concentrado de la jerarquía del orden jurídico.

2.2.3. Régimen Laboral de Trabajadores Extranjeros en el Perú, Beneficios y Derechos Constitucionales que protegen al trabajador (LINARES VIZCARRA, 2010)

2.2.3.1. Contratación de extranjeros.-

De acuerdo a la Ley de Contratación de Extranjeros, la contratación y servicios de extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada y a los límites que establece la propia ley.

La participación de empleados extranjeros en una empresa o negocio no podrá ser mayor al 20 por ciento del total de los trabajadores. Asimismo únicamente el 30 % de la suma total de los salarios puede utilizarse para efectuar las remuneraciones del personal extranjero.

Los contratos de extranjeros pueden efectuarse dentro o fuera del país. Si se lleva a cabo fuera de Perú deberá ser aprobado por el Ministerio de Trabajo y presentado ante el Ministerio del Interior, para el posterior envío de la visa del trabajador extranjero, al país donde radique, para que su ingreso se realice con visa de trabajo.

En su caso, si el trabajador extranjero pretende celebrar un contrato de trabajo en Perú deberá ingresar previamente al país con visa de negocios, y una vez aprobado el contrato de trabajo, éste se presenta ante el Ministerio de Interior para efectuar el cambio de calidad migratoria.

Los contratos contraídos con trabajadores extranjeros deberán celebrarse por escrito y a plazo determinado, por un período máximo de tres años prorrogables, sucesivamente por períodos iguales y deberán presentarse ante el Ministerio de Trabajo para su aprobación.

2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

- **Trabajador Extranjero.-** es todo aquel sujeto que se compromete a prestar personal y directamente sus servicios a favor de un empresario, a cambio de una remuneración, en un régimen de ajenidad y bajo la dirección jurídica de este último (TOMAYA MIYAGUSUKU, 2015).

- **Ordenamiento Jurídico.-** Con junto de normas que en un determinado momento histórico rigen en una comunidad. (CHANAME ORBE, 1995)

- **Contrato.-** El artículo 1351 del Código Civil, define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento. (CASACION, 1999)

- **Decreto Legislativo.-** Los decretos legislativos son normas con rango de ley que emanan del Poder Ejecutivo en virtud de una autorización expresa del Congreso de la República mediante ley autoritativa. (RIOJA BERMUDEZ, 2017)

2.4 MARCO REFERENCIAL

2.4.1. La Jerarquía Normativa en el Ordenamiento Jurídico Peruano (FURNISH, 1972)

El Perú, como la mayoría de los países latinoamericanos en "vías de desarrollo", es un país preocupado por su propio desarrollo social, económico y político. Desde que terminó la Segunda Guerra Mundial, todo lo concerniente al desarrollo ha sido en el Perú la preocupación principal tanto de los gobiernos de jure como los de facto. Muchos de estos esfuerzos han sido orientados hacia un cambio en las normas y las instituciones jurídicas existentes, o la promulgación de leyes que cubran las lagunas del derecho sobre problemas del desarrollo. Miles de disposiciones legales se están promulgando cada año con el propósito de darle rapidez a los cambios.

Estas disposiciones incluyen algunas fuentes legales básicas, tales como reformas constitucionales y actos legislativos y cuasi-legislativos. Sin embargo, el mayor volumen de las normas de fomento y desarrollo no está formado por aquellas fuentes legales más convencionales y duraderas. En lugar de ello, bajo los regímenes constitucionales y militares, se han logrado desarrollos muy importantes a través de un gran número de actos administrativos, que representan los procesos ejecutivos diarios del gobierno peruano.

La articulación y la aplicación de esta política de desarrollo ocurren probablemente en este nivel más práctico y transitorio. Usando un ejemplo específico cabe señalar como en 1968 una comisión encargada de redactar un nuevo Código de Aguas para el Perú, lidió durante un tiempo con el problema de crear un comprensivo, pero duradero conjunto de normas, y encontró la tarea tan difícil, que solicitó un cambio en el mandato conferido, para dejar de lado el Código y elaborar una ley general.

Dicho cambio en la naturaleza del trabajo fue sancionado por un Decreto Supremo cuyo preámbulo exponía lo siguiente: "El Derecho Público debido a su contenido social y económico, es dinámico y cambiante no de acuerdo con las características de un Código, que es estático, exclusivo y excluyente. Hoy la legislación, en aquellos aspectos que se acercan al Derecho Público tiende hacia una Ley General, la cual posee todas las ventajas de un Código sin sus inconvenientes, como son la no prevista rigidez y permanencia de sus disposiciones".

La clase de ley general aquí esbozada, una vez que se apruebe debe ser implementada a través de reglamentos y actos ejecutivos, dejando un amplio margen para modificaciones más frecuentes, dentro de los límites generales establecidos para derechos sustantivos y su

administración. ¿De dónde vienen esos actos administrativos? ¿Cómo la Constitución, las leyes del Congreso, los decretos-leyes de un gobierno de facto y los actos administrativos se relacionan entre sí? ¿Cómo se adapta cada una de ellos al típico sistema socio-político del Perú? ¿Cuál es la fuerza del poder ejecutivo en el Perú? Un trabajo como el presente, dedicado a exponer la jerarquía del ordenamiento jurídico peruano, debe comenzar contestando estas preguntas. Los abogados peruanos tienen la costumbre de ver su sistema jurídico compuesto por varias clases de normas ajustadas a una jerarquía que está de acuerdo con la teoría de Hans Kelsen. Esta jerarquía contiene tres clases principales de normas, a saber:

1. La Constitución: Un documento único promulgado en 1933, con diferentes modificaciones.

2. La legislación: Todas las leyes aprobadas por el Congreso peruano que se encuentran en vigor, incluyendo muchas que preceden a la actual Constitución. Esta categoría también incluye las leyes promulgadas por los gobiernos de facto que asumen la función legislativa y que se conocen con el nombre de Decretos- Leyes.

3. Actos Administrativos: Esta clasificación comprende cinco tipos diferentes de disposiciones administrativas que incluyen, siguiendo un orden de precedencia, Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Directorales y una quinta rama que contiene varios actos escritos de carácter diverso.

Esta jerarquía de las leyes opera de acuerdo con el principio de que cuando surge un conflicto entre dos leyes prevalecerá la que tenga mayor categoría. En un conflicto entre leyes de igual rango, la norma promulgada más recientemente prevalecerá. Así, aunque una disposición dada pueda modificar, anular o específicamente revocar cualquier disposición de igual o menor rango, no podrá, sin embargo, afectar lo dispuesto en una norma de mayor categoría. Por supuesto, los problemas de interpretación pueden, a menudo, complicar la aplicación de la regulación jerárquica. Esta clasificación no toma en cuenta las decisiones judiciales o los acuerdos privados, los que no son considerados como fuentes de Derecho en el ámbito tradicional de los sistemas romano-civilistas.

A medida que avancemos en una discusión más detallada con respecto al origen, naturaleza y efecto de cada tipo de norma legal en el ordenamiento peruano, es evidente que la teoría jerárquica puede quebrantarse o al menos experimentar dificultades en varios aspectos. Es precisamente en estos aspectos conflictivos donde más se revela el potencial y las limitaciones de las instituciones legales peruanas como medios de desarrollo económico y social. Las observaciones hechas pueden aplicarse tanto a los gobierno de jure como a los de facto, a no ser donde se halle una distinción clara y precisa. Hasta donde ha podido notar el autor de este artículo en cinco años de observación y estudio de la realidad peruana, el sistema legal no se resiente por los cambios periódicos de un régimen elegido popularmente a un régimen militar o viceversa.

2.4.1.1. La Constitución Peruana

La Constitución es, de acuerdo con la tradición norteamericana de la cual se tomó gran parte de su contenido, una amplia declaración de los principios fundamentales y de las formas del gobierno. Sin embargo, no es una Constitución "permanente". Es de esperar que poco a poco, ésta le ceda el paso a nuevas constituciones que reflejarán los cambios sociales, económicos y políticos

en el Perú. La actual Constitución promulgada el 9 de abril de 1933, es la décima que ha tenido el Perú desde su independencia en 1821.

El reemplazo eventual es el menor de los males que han heredado las constituciones peruanas. Igualmente están sujetas a frecuentes y prolongados períodos de suspensión parcial durante los regímenes **de facto**. Un ejemplo clásico de cómo en el Perú coexisten los principios constitucionales con los gobiernos de facto, es el contenido en el Decreto-Ley N° 17063, Estatuto del Gobierno Revolucionario promulgado el 3 de octubre de 1968, a raíz del último golpe militar. Según el Art. 6 de ese Estatuto, todos los poderes del Ejecutivo los ejerce el Presidente nombrado por la Junta Militar, y los poderes legislativos recaen en un organismo compuesto por el Presidente, su Gabinete y los tres miembros de la Junta Militar. El Art. 5 dice: "El Gobierno Revolucionario actuará de conformidad a las disposiciones del presente Estatuto, y a las de la Constitución, Leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario".

Que exista un control constitucional sobre un régimen de facto funcionando bajo semejante Estatuto, es problemático, aunque como veremos luego, algunos decretos-leyes y otros actos del actual gobierno del Perú han sido atacados por medio de una acción legal, basándose en que eran inconstitucionales.

2.4.1.2. Legislación: Por el Congreso o el Ejecutivo

Cuando la Constitución está totalmente en vigor, el Congreso peruano aprueba leyes siguiendo un procedimiento semejante los que rigen en otras repúblicas democráticas. Sin embargo, la turbulenta historia política del Perú ha hecho que se pongan en vigencia muchas "leyes" que fueron promulgadas unilateralmente por los militares u otro cuerpo gubernamental extraconstitucional. Los peruanos, así como otros latinoamericanos, se han adaptado a las frecuentes interrupciones del sistema constitucional, simplemente reconociendo la inevitabilidad de estos sucesos e incorporándolos al ordenamiento jurídico.

De acuerdo con una fuerte tendencia en Latino América, los decretos-leyes de orden general no tienen efectividad permanente sin la aprobación del Congreso, una vez que un gobierno constitucional asuma el poder, y que tarde o temprano aparece después de un gobierno de facto, así como, casi siempre un gobierno de facto sigue a un gobierno constitucional. Sin embargo, el consentimiento tácito del Congreso revestido de sus poderes, parece suficiente. La Corte Suprema peruana ha fallado en favor de los decretos-leyes, expresando que aquellos que no han sido derogados o modificados por el Congreso, están aprobados implícitamente. En otras circunstancias, el mismo Congreso ha delegado su derecho de legislar al poder Ejecutivo, manteniéndose en sesión permanente para debatir las medidas legales que adopte el Ejecutivo con el objeto de modificarlas o vetarlas. En estos casos el Ejecutivo casi siempre actúa por medio de Decretos Supremos bajo una ley especial, es decir, Decretos supremos con el rango de Ley para respetar la jerarquía.

Las leyes aprobadas por el Congreso o el Ejecutivo se dividen en varios grupos muy generales. Las leyes de orden más general se denominan **Leyes de bases**. Estas solamente señalan la intención del Gobierno de que algo debe de hacerse con respecto a una situación, sin especificar detalles. Las especificaciones generalmente aparecen más tarde, explicadas en otra Ley que trata sobre el mismo tema. Por ejemplo, existía una Ley de Bases de la Reforma Agraria antes de que fuera presentada y promulgada la primera Ley de Reforma Agraria. En otros casos, esta clase de

ley se puede dar con la idea de calmar el clamor popular sin hacer realmente nada más que reconocer legislativamente la existencia de un problema.

Las leyes más amplias, pero con un fin específico, son las Leyes Orgánicas, las cuales cubren un área completa en un solo acto. Ejemplo de estas leyes son la Ley Orgánica del poder Judicial y la Ley Orgánica del Presupuesto. Aquella reorganizó el sistema judicial del Perú; la última estableció, entre otras cosas, cómo poner en ejecución el presupuesto, de dónde debían venir los ingresos, cómo debían de gastarse y cómo serían administrados. Aparte de las leyes Orgánicas existen los Códigos, que representan casi con exclusividad, fuentes de derecho privado, de acuerdo con las doctrinas romanistas. En teoría al menos, un Código contiene todas las reglas necesarias del Derecho dentro de una rama determinada, estableciendo un sistema completo. Una clasificación aún no mencionada es la Ley Ordinaria la cual, casi siempre es usada para describir una ley corta y sencilla que trata acerca de un tema específico y limitado, pero que bien puede incluir cualquier otra cosa que no quepa en las otras clasificaciones.

El Congreso también puede aprobar Resoluciones Legislativas, las cuales no son leyes de aplicación general, sino más bien, una forma oficial de encauzar los procesos legislativos. Por ejemplo, las sesiones legislativas se clausuran y los tratados se aprueban por resoluciones Legislativas.

2.4.1.3. Disposiciones del Poder Ejecutivo

2.4.1.3.1. Facultades Legislativas del Ejecutivo

La autoridad del Ejecutivo peruano sorprenderá al abogado estadounidense acostumbrado a la separación de poderes en un sistema tripartito de frenos y contrapesos. En el Perú, la prerrogativa ejecutiva fluctúa no solamente con el hombre y los sucesos políticos -como en este o cualquier otro país- sino con los cambios periódicos naturales en este cargo. La Constitución le da al Presidente el poder para formular reglamentos que implementen las leyes del Congreso ("sin transgredirlas o desnaturalizarlas") y el poder para dictar decretos y resoluciones de orden administrativo.

El Congreso ha aumentado este poder delegando facultades legislativas al Ejecutivo con propósitos específicos o durante períodos determinados. Finalmente, el Ejecutivo puede gobernar como un dictador, suprimiendo el Congreso. La presente Constitución fue promulgada en 1933, después de la dictadura del Presidente Augusto B. Leguía por espacio de once años. Desde entonces ha habido diez años de gobiernos de facto y veintinueve años de gobiernos constitucionales. La tradición, por lo tanto, favorece a un Ejecutivo fuerte y el proceso legislativo es visto como un lujo que sólo puede permitirse durante los periodos más tranquilos de la vida nacional. Está claro que el Ejecutivo peruano, aún en los períodos en los cuales comparte poderes y responsabilidades con el Parlamento, emite, proporcionalmente, más normas que el Ejecutivo norteamericano y ejerce más poder que éste al hacerlo.

A pesar del extenso papel del Ejecutivo y la importancia concomitante del acto administrativo como fuente de Derecho Público en el Perú, los abogados con frecuencia no han recurrido a esta fuente en sus esfuerzos de investigación. Esta tendencia se origina en parte de la práctica de los juristas peruanos y latinoamericanos quienes ignoran las normas ejecutivas como fuente de derecho, en el sentido investigador y analítico. Es más fácil concentrarse en algo claro,

preciso, más consistente, como el concepto de -digamos- la reforma agraria, tal como aparece en la ley del Congreso, que tratar las dispersas y muchas veces inconsistentes aplicaciones de esa ley por el Poder Ejecutivo. Los estudios efectuados por abogados interesados en el cambio social y en el desarrollo, con frecuencia se basan en una ley orgánica de reforma agraria o de promoción industrial, para llegar a la conclusión de que la discreción ejecutiva jugará un gran papel en la aplicación práctica de la ley y su intención puede ser alterada o negada de acuerdo a lo que considere el Ejecutivo. La implicación es que un poder arbitrario e inescrutable trabaja en secreto (resultándole difícil al abogado descubrirlo) para influenciar la intención legislativa. Esta proposición es errónea.

En cualquier forma que el Ejecutivo aplique o desnaturalice los actos legislativos en el Perú, generalmente lo hace público. Además, como vimos arriba, los decretos y resoluciones ejecutivas pueden estar sujetos a recursos judiciales cuando estén en conflicto con la Constitución o las leyes del Congreso. El esquema siguiente de los actos administrativos nos demuestra que el Ejecutivo Peruano (sea de jure o de facto) actúa abiertamente y deja una huella clara y precisa. El abogado interesado en la ley como motor del cambio debe seguir ese camino para ver al Derecho en acción, pues en el Perú y otras naciones en desarrollo, la fuente más importante de la política de desarrollo es el Ejecutivo.

2.4.1.3.2. La Jerarquía de los Actos Administrativos

El sistema de los actos administrativos y la forma en la cual los diversos organismos ejecutivos los emplean, tiene mucho más de cien años. Sus orígenes probablemente son aún más antiguos y vienen de España pues, durante la época de la independencia, una de las primeras leyes de la nueva nación peruana fue que "las leyes, resoluciones, decretos, órdenes y regulaciones" en vigor antes de que el Primer Congreso Constituyente se instalase en 1822, debían permanecer vigentes siempre y cuando no se opusieran al nuevo orden de cosas. Esto indica que un sistema de actos administrativos similares a los que se usan actualmente, probablemente existían en la Recopilación de leyes de Indias, las leyes promulgadas por los reyes españoles para las colonias.

La jerarquía de los actos administrativos actualmente en vigencia es tan antigua y tan tradicional que casi todos los abogados peruanos con quienes hablé, expresaron que era una cuestión de doctrina y no de jerarquía escrita. El sistema no se encuentra definitivamente en ninguna parte. Tiene que venir de vestigios de varias leyes muy antiguas. Las dos leyes más importantes que tratan de este asunto fueron promulgadas en 1856 y 1861, durante la presidencia de Ramón Castilla. Una tercera ley, promulgada en 1863, hizo pequeñas modificaciones en las dos anteriores. Estas leyes definieron, muy elementalmente, el gabinete presidencial, sus poderes y responsabilidades.

No contienen reglas que se refieran, por ejemplo, a "Decreto Supremo", cómo debe ser promulgado y los objetivos legales que debe contener. En este aspecto, esas leyes crean la estructura de una jerarquía y el proceso por medio del cual los actos administrativos deben promulgarse. La costumbre y el uso han creado todo un ropaje a esa estructura. Los regímenes de facto aparentemente han respetado el sistema de los actos administrativos.

Todas las disposiciones administrativas en el Perú siguen un formato similar. Antes de comenzar con el contenido esencial, las consideraciones que dan lugar a la creación de un acto son enumeradas. En algunos casos, si un estudio específico o petición ha engendrado la acción ejecutiva, ello aparece expresado en el encabezamiento del acto administrativo. En ese caso, el

decreto o resolución comienza con "VISTO" y una referencia al estudio y/o la razón que ha servido de base al mismo. Después, posiblemente venga la palabra "CONSIDERANDO" con una lista de los factores tomados en consideración por el ejecutivo como fundamento del acto. Después del encabezamiento, se encuentra "DECRETA" o "SE RESUELVE" señalando las disposiciones esenciales del acto, el cual generalmente está dividido en artículos. Finalmente, las firmas necesarias siguen a la fecha. En orden jerárquico, las siguientes normas son las actualmente utilizadas por el Ejecutivo en el Perú.

1. Decreto Supremo. El más alto acto ejecutivo es el Decreto Supremo. Está firmado por el Presidente y por el gabinete o aquellos miembros del mismo cuyos Ministerios están directamente afectados y responsabilizados por las disposiciones del decreto. Antes de ser firmado, el decreto es sometido al Consejo de Ministros para su discusión y aprobación. Aparentemente, la base para todo este proceso se encuentra en las tres antiguas leyes anteriormente mencionadas. Un artículo de la primera -la del año 1856- especifica que el Ministro firma los decretos correspondientes a su área, después del Presidente. Tanto la ley de 1856 como la de 1861 requieren la aprobación de los decretos por el Consejo de Ministros. Estas vagas referencias legales representan una base muy insuficiente para la expedición de Decretos Supremos en 1970. Una completa descripción de lo que un Decreto Supremo -en contraste con varias Resoluciones- debe tratar, es una de las lagunas de estas disposiciones. Esto no quiere decir que no exista una teoría en relación a los alcances de los decretos u otras disposiciones ejecutivas. Varios tratados de Derecho Administrativo discuten este tema, aunque todos no están de acuerdo. Muchos comentaristas creen que un Decreto Supremo debe ser usado por el Ejecutivo solamente cuando se trata de asuntos generales. Basándonos en esta definición, es muy difícil poder distinguir entre decreto y ley. Se puede decir que los decretos deben limitarse a interpretar y aplicar la legislación, sin transgredirla, desnaturalizar o modificarla.

Otra forma de señalar la diferencia es comprender que, mientras los decretos tienen que ver con un asunto tan extenso como la legislación, los actos del Ejecutivo tienen que ser medidas más transitorias, y condicionadas a las circunstancias que las relativamente perdurables leyes del Congreso. Estas distinciones, si no bien carecen totalmente de significado, son simples de manifestar y difíciles de aplicar o fáciles de olvidar, según sea el caso. Ayudan a ilustrar las extensas posibilidades de que dispone un Ejecutivo creador.

Un tipo específico de Decreto Supremo es el Reglamento: una serie de regulaciones promulgadas específicamente para ampliar e interpretar una ley del Congreso; es decir, para llenar los intersticios en los mandatos legislativos de manera que la ley pueda aplicarse concretamente. Virtualmente, toda forma importante de legislación se aplica por medio de los Reglamentos promulgados por el Ejecutivo. Por ejemplo, tanto la ley de Promoción Industrial como la Ley de Reforma Agraria fueron implementadas por medio de una serie de Reglamentos, oficialmente promulgados por Decretos Supremos.

2. Resolución Suprema. Las diferencias más importantes entre un Decreto Supremo y una Resolución Suprema se sitúan en que la primera es promulgada con el consentimiento y el conocimiento de todos los miembros del Consejo de Ministros y con la firma del Presidente. La Resolución Suprema no necesita ser considerada por el Consejo y el Presidente solamente pone su rúbrica delante de la firma del Ministro bajo cuya jurisdicción cae la acción ejecutiva de la misma. Tal vez la mejor descripción legal de lo que es una Resolución Suprema se encuentre en la Ley sobre Organización del Consejo de Ministros de fecha 2 de mayo de 1861. El art. 29 de la misma dice: "Si un acto oficial tiene lugar en relación con un asunto extraordinario, o a juicio del

Presidente de la República debe merecer más fuerza e importancia, el Ministro a quien corresponde se la leerá e interpretará al Presidente para que éste la apruebe y rubrique".

Una Resolución Suprema debe tratar "un asunto o un caso concreto" de acuerdo con los comentaristas. O sea que debe ser más específico en su proyección y alcance que un Decreto Supremo.

3. Resolución Ministerial. La Resolución Ministerial requiere solamente la firma del Ministro o los Ministros involucrados, aunque este tipo de acto trata virtualmente el mismo asunto que la Resolución Suprema. Aparentemente, la diferencia entre las dos disposiciones estriba solamente en la trascendencia relativa del asunto en cuestión. Por ejemplo, cuando el Ejecutivo no ha querido reemplazar o sustituir una Resolución Suprema existente, puede aprobar Resoluciones Ministeriales para llevar a cabo objetivos limitados supeditándolos a lo dictado anteriormente o a disposiciones superiores.

Si una medida es considerada Resolución Suprema o Resolución Ministerial también podría depender de lo ocupado que se encuentre en ese momento el Jefe del Ejecutivo. Aparentemente el Presidente necesita estar informado al menos en forma general del asunto de que se trata, ya que la decisión final sobre si debe sólo poner su rúbrica o debe firmar este acto administrativo, es una decisión exclusivamente suya. Si el Presidente estuviese muy ocupado, puede dejar pasar el acto como Resolución Ministerial para ahorrar tiempo, hasta tanto pueda estudiarla con detenimiento, obteniendo virtualmente los mismos resultados que por medio de una Resolución Suprema.

Una Resolución Ministerial probablemente puede describirse más claramente por el artículo que dice: "la firma del Ministro será suficiente para convertir en actos oficiales la ejecución de leyes, reglamentos y disposiciones en vigor, o cualquier asunto a despachar o la transcripción de decretos o resoluciones".

4. Resolución Directora. Las Resoluciones Directorales son promulgadas por los Directores de los Ministerios, es decir, sub-jefes de los respectivos Ministerios. Ellos deben resolver las diferencias o conflictos que puedan surgir entre las entidades administrativas o mitigar una contingencia en la operación de una oficina administrativa, o resolver y ayudar en problemas rutinarios similares. Ninguno de los funcionarios afectados firman una Resolución Directora, ni tienen nada que ver con su promulgación. Aparentemente, no existe una base legal específica para las Resoluciones Directorales, aunque son considerados actos ejecutivos públicos basándose en formatos consistentes, lo mismo que otras disposiciones administrativas.

5. Otras disposiciones legales. Muchas entidades incluyendo el Jurado Nacional de Elecciones, Junta Nacional de Telecomunicaciones, las autoridades de Aduana, etc., dictan sus propias Resoluciones. Es probable que ellos estén en el mismo nivel que las Resoluciones Directorales, aunque en algunos casos puedan tener rango de Resoluciones Ministeriales. Sea cual fuese el caso, son partes raras en la jerarquía, usualmente dictado basándose en amplios poderes otorgados en conflicto con otras normas.

También hay **Instrucciones, Circulares, Oficios y Órdenes**. Todas éstas son mandatos semi-oficiales por autoridades o entes superiores y explican a sus subordinados cómo aplicar una ley determinada y lo que significa. Estas disposiciones son emitidas por cualquier oficina y probablemente representan un poco más que una carta o memorandum. Cuando uno de éstos viene de la oficina presidencial o de una ministerial, pueden ser considerados con más peso. Quizás son solamente cuasi-disposiciones, pero se incluyen en este estudio puesto que forman parte del Derecho escrito en el Perú.

2.4.2. La Migración

2.4.2.1. Antecedentes de la Migración (CULQUI FERNANDEZ, 2015)

Después de la migración inicial principalmente motivada por cambios climáticos, se conocen en la historia de la humanidad otras causas de migración relacionadas con fenómenos como las invasiones, los peregrinajes, las expediciones comerciales, colonizaciones, etc., movimientos en la historia que han construido el mundo que hoy conocemos. Por ejemplo, la conexión entre religión y migración es una cuestión transversal en la historia del mundo: en las principales religiones de nuestra era, como lo es en el caso del cristianismo, el islamismo y el judaísmo, al haber jugado la migración un rol fundamental, tanto en los desencadenantes movimientos masivos de su población, como en su influencia en las vidas y en las condiciones de desplazamiento de sus migrantes.

Durante la colonización de las Américas, entre los siglos XV y XVII, la población europea, especialmente la española y la portuguesa, emprendió expediciones marítimas de exploración. Este viaje transoceánico condujo al descubrimiento de nuevas tierras, a la expansión de las relaciones comerciales y al crecimiento de las economías de los países de origen y destino. En este punto de la historia, las relaciones económicas en los países colonizadores y los países colonizados, influirán en los procesos migratorios de siglos posteriores. Aún a pesar que no existían las facilidades modernas de la migración, se presenciaba este fenómeno con frecuencia.

Ahora bien, la migración hoy en día se ha vuelto cada vez más compleja, producto de las innovaciones tecnológicas —que, por ejemplo, han favorecido enormemente la movilidad de las personas con el desarrollo del transporte— que han alimentado las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea. La globalización, en nuestros días, actúa como un facilitador para la movilización de las personas, en un contexto en el cual el intercambio entre sociedades se ha intensificado, tratándose de un proceso abierto, sobre el que cabe detenernos para establecer la dimensión de su relevancia en la historia del trabajo.

Para los historiadores modernos, la globalización puede ser dividida en tres fases, la primera fase de globalización se da entre 1870 a 1913, periodo que se caracterizó por una gran movilidad de capitales y de mano de obra, aunado a un auge comercial basado en una reducción de los costos de transporte, más que por el libre comercio (en sí mismo). Se estima que durante esos años aproximadamente 60 millones de personas abandonaron Europa —continente donde se contaba con escasos recursos naturales y un excesivo número de mano de obra— para dirigirse a países del Nuevo Mundo con recursos abundantes y escasez de mano de obra, como se dio en los casos de Argentina, Australia, Brasil, Canadá, los Estados Unidos y Nueva Zelanda.

En la primera fase, la tendencia de las políticas migratorias de los países receptores de migrantes evolucionó desde una política de puertas abiertas (con escasas restricciones al ingreso de mano de obra extranjera), hasta la creación de ciertas barreras, a finales del siglo XIX (la más llamativa de las cuales fue la exclusión de la población china de la mayor parte de los países receptores).

La primera fase de globalización se vio interrumpida por la primera guerra mundial (1914 a 1918), periodo que siguió a la alta inflación de los años veinte, la crisis económica de los años treinta y la inestabilidad política consecuente. Todos estos eventos frenaron la integración económica de los años precedentes —inclusive, a este periodo ha merecido el nombre de desglobalización— dándose origen a una era de políticas nacionales más restrictivas en relación a las migraciones.

Con el término de la segunda guerra mundial y las lecciones aprendidas de esta etapa de la humanidad, se inicia la segunda fase de globalización, que comprende de 1945 a 1973, se caracterizó por un gran esfuerzo por desarrollar instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, por la notable expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados, así como la existencia de dos modelos predominantes de organización económica —que mantuvieron una relación de competencia enmarcada en las relaciones internacionales— y una limitada movilidad de capitales y de mano de obra.

En el último cuarto del siglo XX se consolidó una tercera fase de globalización, cuyas principales características son: la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales (las cuales funcionan como sistemas de producción integrados, cuya importancia y vinculación integrada ha llevado a considerar nuevas fuentes de derecho como el derecho transnacional de trabajo); la expansión y la considerable movilidad de los capitales, y una notable tendencia a la homogeneización de los modelos de desarrollo.

Las raíces de este largo proceso se nutren de las sucesivas revoluciones tecnológicas y, en particular, de la reducción de los costos de transporte, información y comunicaciones.

La internacionalización de la producción de las empresas también es un síntoma de este fenómeno, donde las empresas pueden crear centros de producción en cualquier parte del mundo, de acuerdo a su conveniencia. Es a partir de la década de 1970 que se fue haciendo común la subcontratación internacional de las tareas que suponen un uso más intensivo de mano de obra, como el ensamble o la maquila. Hoy en día, es frecuente que las empresas transnacionales ubiquen sus talleres de producción, en un país del mundo financieramente o económicamente conveniente para ellos, por los bajos costos, y distribuir su producción a nivel mundial, generando así una nueva forma de comercio que tiene efectos sociológicos, económicos, políticos, etc., que las legislaciones en todos los países deberían procurar su regulación.

Cabe resaltar que aunque el intercambio de información, bienes y servicios son productos de libre intercambio, no sucede lo mismo con la migración de personas. Si bien la globalización ha contribuido a la movilización de personas en busca de nuevas o mejores oportunidades, las restricciones y barreras para los migrantes son una realidad y su tendencia es generalizada, por lo que no se puede hablar de una libre circulación de personas en la actualidad.

Si bien la política migratoria de cada país es distinta, mayoritariamente está orientada a desincentivar la migración y solo en muy pocos casos a alentarla, básicamente se da este último caso en los países que tienen déficit demográfico o para el caso de la migración de mano de obra calificada. Tenemos como ejemplo a Australia, con respecto al fomento de la migración de mano de obra calificada, o los países que desean cubrir necesidades temporales de empleabilidad, como en el caso de Filipinas y sus acuerdos con Arabia Saudita o Kuwait para la “exportación” de trabajadores temporales con la finalidad de aliviar sus altas tasas de desempleo.

4.2.2. Conceptos Básicos de la Migración

La migración es definida por Arango (1985), como “desplazamientos o cambios de residencia a cierta distancia”, que deben cumplir a su vez con dos condiciones la primera de estas es, que la distancia “debe ser significativa” y la segunda condición es que este desplazamiento debe tener un “carácter relativamente permanente o con cierta voluntad de permanencia”. El concepto migración encierra en sí mismo un proceso o fenómeno que “tiene dos componentes: la salida o emigración y la entrada o inmigración (Gómez, 2010), estos flujos se desplazan dentro del territorio en un momento determinado con un origen y destino diferenciales, traspasando fronteras administrativas, regionales y de los Estados-Nación, constituyendo un fenómeno complejo que se desarrolla a distintas escalas de análisis espacial y que puede ser de carácter voluntario o forzado (RODRIGUEZ VALDERRAMA, 2015)

La característica de la migración en general, como el desplazamiento voluntario y constante de espacios distintos a destinos diferentes, considerando la migración como una opción que pueda sustituir las frustraciones, las inseguridades, etc., alcanzar o lograr una mejor calidad de vida. En general, "se ha observado que existen comparativamente mejores condiciones materiales de vida del migrante en su nuevo contexto en relación a los que tuvo en su país de origen" (CARBAJAL SANTIAGO & TOSCANO LAZO, Grabiell, 2010)

2.4.2.3. Concepto de Migración Laboral

La vinculación o influencia que ha generado la llamada “economía global” viene consolidando la interrelación de los mercados de trabajo constituidos entorno a soberanías nacionales diferenciadas, que sin embargo se presentan al individuo como alternativas ante las cuales puede elegir desarrollar un trabajo, según sus expectativas y desarrollo profesional.

En este orden de ideas, en la actualidad se viene destacando la importancia que va tomando esta posibilidad de “elegir” dónde trabajar (de manera libre y sin condicionantes por el contexto en el cual la persona se desarrolla); en qué condiciones trabajar, y por tanto, si dicha elección contribuye a la construcción de una trayectoria laboral que puede generar una vida de calidad.

En este punto destacamos que esa posibilidad de elegir no concluye su fin con el desarrollo de la prestación efectiva en un país de destino. Este proceso no es “lineal”. No sólo involucra el paso de un trabajo del país de origen al trabajo en un país de destino, puesto que la persona en el transcurso de su vida laboral va evaluando y tomando diversas decisiones sobre la construcción de su trayectoria laboral. Por tanto, es parte de dicha construcción tanto la de emigrar

para trabajar en un país de destino como la de retorno para trabajar en su país de origen en la búsqueda del fortalecimiento de su empleabilidad. En este sentido, podemos afirmar que esa posibilidad de “elegir” trabajar en el extranjero es un proceso que involucra de manera “cíclica”, por lo menos, a dos mercados de trabajo.

Ahora bien, este proceso cíclico que se inicia con la posibilidad de elegir trabajar en el extranjero, (porque no se cuenta con un trabajo o porque quiere mejorarse las condiciones del trabajo que se tiene), y que puede concluir con el retorno al país de origen, ha sido denominado como “Migración Laboral”, la cual, desde un enfoque de mercado de trabajo se ha conceptualizado como una **“forma de movilidad geográfica de los trabajadores”**, mientras que desde un enfoque de derechos ha sido delimitada como: **“el proceso en el que las personas pueden ejercer su derecho a desplazarse a través de las fronteras, sin que sus derechos humanos sean mermados por su condición de migrantes”**.

A nivel normativo, dicho concepto es recogido por el “Glosario de Términos” de la Matriz de Competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 002-2010-TR, cuando en el numeral 9 del anexo de la citada norma, se señala que: **“Migración Laboral es el proceso por el cual, buscadores de empleo o trabajadores se trasladan de su lugar de origen a otros países, ciudades o regiones, en el que las personas pueden ejercer su derecho a desplazarse a través de las fronteras, sin que sus derechos humanos sean mermados por su condición de migrantes”**.

En este orden de ideas, puede advertirse algunas características esenciales del concepto de migración laboral:

1. Es un proceso cíclico que involucra un conjunto de acciones articuladas que se inician a partir de la evaluación que realiza una persona que se encuentra en búsqueda de empleo o de una persona con trabajo pero que busca mejorar la calidad del mismo.
2. La evaluación que realiza la persona, en tanto su calidad de sujeto de derechos, la desarrolla sin condicionante alguno que anule su voluntad, permitiéndole comparar mercados de trabajo, y otros aspectos como las condiciones socioculturales y económicas del país de destino.
3. La persona realizará la evaluación respectiva considerando sus expectativas personales, desde su paradigma de crecimiento o desarrollo personal, al observar que ello involucrará el fortalecimiento de su empleabilidad.
4. Tomada la decisión de trabajar en el extranjero, se asume el cambio de residencia y una estadía temporal o permanente, aunque no en todos los casos dicha decisión se toma con la seguridad de tener trabajo. Existen casos, en que la decisión de trabajar se realiza con la expectativa de lograr un trabajo, y se realiza el viaje al país de destino en la búsqueda de una oferta laboral.
5. Es un proceso cíclico que, si bien involucra el desarrollo de una prestación de trabajo en un país distinto al de origen, el proceso puede concluir en el establecimiento temporal o permanente de la prestación del trabajo en dicho país, o puede involucrar la decisión de retorno al país de origen. Dichas situaciones no vulneran el ejercicio que puede realizar el migrante respecto de los derechos que se deriven de una prestación laboral.

6. Cuando la persona decide trabajar en el extranjero o retornar para trabajar en su país, cualquiera de las decisiones que asume, las realiza en el marco de la construcción de su trayectoria laboral, la cual, debería apuntalar en todos los casos hacia trayectorias de trabajo decente.

En este orden de ideas, planteamos como concepto de migración laboral: “Al proceso cíclico, a través del cual, un buscador de empleo o un trabajador que quiere mejorar las condiciones de su trabajo, ante las diferencias o asimetrías de los mercados de trabajo de los países de origen y de destino; evalúa y asume: el cambio de su residencia, una estadía (temporal o permanente) fuera de su país, por la expectativa o certeza de un nuevo puesto de trabajo y con la posibilidad de retorno, con el objetivo de incrementar su empleabilidad para la construcción de una trayectoria de trabajo decente”.

Dado el concepto desde el cual parte este análisis, faltaría precisar si la tipificación que se hace de la migración laboral altera dicho concepto, a fin de evaluar si la realidad que evidencia el concepto, puede justificar que la migración laboral tenga la calidad de derecho, precisando qué tipo de derecho y su relación con el objetivo, esto es, el fortalecimiento de la empleabilidad para la construcción de una trayectoria de trabajo decente. (VICTORIA ROSAS, 2014)

La migración está íntimamente relacionada con el trabajo y como fruto de ello con el derecho laboral, de acuerdo a la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT), en la mayoría de los casos el horizonte y finalidad de la migración es el trabajo. Aun cuando el conseguir un empleo no sea la principal motivación para trasladarse de un país a otro, como sucede en el caso de las personas que huyen de conflictos o de los efectos del cambio climático, encontrar trabajo se convierte inevitablemente en un aspecto importante en alguna etapa del proceso de migración. Más aún cuando la migración no solo se trata de traslado sino también del establecimiento del migrante en otro país diferente al suyo, y todos los factores socioeconómicos que implican para el migrante y su familia el establecerse en un nuevo lugar.

Actualmente, los gobiernos enfrentan los retos crecientes de encauzar la migración conforme el flujo migratorio, el cual se hace más y más prevaleciente y globalizado. De acuerdo a las previsiones de la OIM basadas en las estadísticas del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (en adelante DAES) del año 2009, si la población de migrantes continúa incrementándose al mismo ritmo que en los últimos 20 años, el contingente de migrantes internacionales en todo el mundo en el año 2050 podría alcanzar la cifra de 405 millones.

Anteriormente, como por ejemplo por el año 1965, sólo un número pequeño de países eran identificados como “países de destino” de los migrantes. Sin embargo actualmente, casi cualquier país es receptor de algún tipo de migración, y las clasificaciones tradicionales de “países afectados por la migración en países de origen, tránsito, y destino” actualmente adquieren cada vez menos sentido debido a que la mayoría de países actualmente envían migrantes, reciben migrantes, o tienen migrantes que cruzan a través de sus puntos de ingreso.

Las cifras mundiales más recientes de la OIT revelan la existencia de 232 millones de migrantes internacionales en el planeta. La actual cifra supera en 57 millones a la registrada en el año 2000, y durante la primera década del siglo el número total de migrantes aumentó el doble de rápido que en los diez años anteriores.

El Departamento de Comunicaciones de la OIT en marzo del 2014 ha publicado los siguientes datos y cifras relevantes para nuestra materia de interés:

- A nivel mundial, se estima que hay 232 millones de migrantes internacionales, lo cual representa 31,1 % de la población mundial.
- 48 % de los migrantes internacionales son mujeres quienes, cada vez con mayor frecuencia, migran por motivos laborales.
- La mayor parte de la migración internacional de hoy día está relacionada con la búsqueda de trabajo. Más de 90 % de todos los migrantes internacionales está constituido por los trabajadores y sus familias.
- En 2013, los asiáticos constituyeron el grupo más numeroso de personas que residían fuera de su lugar de nacimiento.
- En la actualidad, el corredor migratorio internacional más transitado se encuentra entre Estados Unidos y México.
- Se estima que uno de cada ocho migrantes tiene entre 15 y 24 años.

Se observa que el número total de migrantes supera al número de población de varios países. Así, los migrantes se imponen como importantes actores en diversas realidades nacionales, adquiriendo importancia la migración no solo para los propios migrantes y sus familias, sino también para cada Estado.

Ante este panorama, debería ser de principal interés de los gobiernos diseñar políticas de migración que gestionen de manera adecuada la circulación de los trabajadores y respondan al desajuste que existe actualmente entre la distribución de oportunidades de trabajo y la distribución de la población en edad de trabajar en el mundo. Las políticas de trabajo se enfrentan a la necesidad de abordar un mercado de trabajo en el que la migración, como proceso, y los migrantes colectivamente considerados conforman un hecho social. El desafío que esto supone para la implementación de políticas de trabajo decente se aborda mediante la promoción de oportunidades de trabajo en los países donde éstas escasean asegurando —en la medida de lo posible— que no haya diferencias en cuanto al reconocimiento de los derechos laborales de los migrantes.

En ese sentido, al no ser ningún país ajeno al fenómeno de migración laboral, consideramos relevante analizar la política migratoria de nuestro país y determinar cuál es la tendencia migratoria que se está presentado. (CULQUI FERNANDEZ, 2015)

2.4.3. La Migración Laboral en el Perú (CULQUI FERNANDEZ, 2015)

Nuestro país desde la época del virreinato fue un país receptor de movilizaciones de migrantes, producto de la conquista de los españoles, y la llegada de mano de obra “esclava” desde el África para la actividad de la agricultura en las haciendas. Por historiadores de la época, se tienen fuentes que dan cuenta de importantes corrientes migratorias como la de españoles —

muchos de los cuales tenían ascendencia morisca y judía— y africanos, que fueron trasladados al país como esclavos. Fueron los españoles los fundadores de las ciudades más importantes de lo que pasó a llamarse el Virreinato del Perú. En términos demográficos, los primeros treinta años de ocupación hispana atrajeron entre unos cinco a diez mil españoles al Perú.

La composición de la capital del Perú en el Virreinato era la siguiente:

Cuadro N° 1

Lima: Población por grupos étnicos según sexo, 1613

	Varones	Mujeres	%
Espanoles	5271	4359	38.9
Religiosos	894	826	6.9
Negros	4529	58557	41.9
Mulatos	326	418	3
Indios	1116	862	7.9
Mestizos	97	95	0.8

Fuente: Empadronamiento de Lima 1614

Elaboración: SANCHEZ, Anibal. *Cambios demográficos y movilidad laboral en la región Asia Pacífico 2007-2008*. Lima: INEI. 2009.

Como se aprecia en el cuadro, la capital del Perú en la época de la colonia era una ciudad principalmente conformada por inmigrantes, siendo que el 38.9% eran migrantes españoles, y un 41.9% eran como lo denominaba el censo, negros, los mismos que podemos presumir que pertenecían a la mano de obra esclava proveniente del África. Es por ello que si el Perú había sido conquistado por la corona española, y en su capital, la mayoría de sus habitantes provenía de otras regiones o países, no es de extrañar que durante este período se mantuviera una política de puertas abiertas para los migrantes, especialmente para la migración española, en busca de ofrecer nuevas oportunidades a los nativos españoles en las Américas.

Esta situación de acogida para los migrantes, se habría mantenido en los primeros tiempos de la Republica. Así tenemos, el Decreto del 14 de marzo de 1835 del Gobierno de Felipe Santiago de Salaverry, el cual establecía en su artículo 1:

“Todo individuo de cualquier punto del globo, era ciudadano del Perú desde el momento que pisando su territorio, quisiera inscribirse en el registro cívico, excluyendo a aquellos que no profesaban industria alguna”.

Siendo una medida que buscaba incentivar la inmigración de extranjeros a nuestro país, a través de la facilitación legal de su establecimiento en el Perú.

Durante esta época, se fomentó los programas de colonización, así José Gregorio Paz Soldán, en su informe al Congreso de 1847 señaló que la única posible solución a la ausencia de mano de obra para el desarrollo de la agricultura costeña, era el amparo de una ley especial, dirigido a empresas que tengan por objeto traer inmigrantes de países donde abunda la mano de obra. Es por ello que podemos señalar que la inmigración no solo era fomentada por los españoles para colonizar nuestro país, sino también se debió a una necesidad para el desarrollo de nuestra economía.

En 1854, mediante Decreto del 03 de diciembre, se abolió la esclavitud durante el Gobierno de Ramón Castilla, hito importante de nuestra historia republicana. La libertad de los esclavos, que laboraban principalmente en las haciendas y en los hogares como criados, originó la necesidad de regular la nueva dinámica del mercado de trabajo de finales del siglo XIX. Así, mediante Decreto del 25 de enero de 1855 se establecieron algunas medidas para convertir a los ex esclavos en jornaleros asalariados, las cuales fueron necesarias para cubrir los requerimientos de la nueva fuerza laboral en las haciendas.

Por el lado de la inmigración, el Decreto del 03 de diciembre de 1854 que abolió la esclavitud en el Perú, declaró en un inciso 5:

“Se anticipará por el Gobierno, en cuenta de pago, los fondos que los propietarios calculen bastantes para sistemar, bajo la administración de ellos mismos, una inmigración europea capaz de reanimar la agricultura de la costa”.

De acuerdo a este artículo se prefirió la inmigración para reanimar nuestra economía, sin embargo, llama nuestra atención, la promoción de la inmigración únicamente europea, lo cual se debió muy probablemente a la influencia de las relaciones que se mantenían aún con el viejo continente producto de la conquista española, que produjo que la migración europea haya sido probablemente mayor valorada en nuestro país.

Con la abolición de la esclavitud, las olas migratorias provenientes de China, aumentaron sustantivamente, esto obedeció a la necesidad de contar con mano de obra “barata” para la agricultura, la construcción de caminos, la explotación de minas, al ser la mano de obra existente en el Perú insuficiente, más aún cuando la fuerza laboral dedicada a cubrir estas actividades habían sido liberadas, por lo cual los hacendados debían salir en búsqueda de personal fuera del país.

Una mirada más atenta de las condiciones de trabajo que se aplicaba a la inmigración en este caso china, muestra que era atraída al Perú a través de la firma de contratos de trabajo celebrados por las grandes haciendas, cuya duración mínima era de ocho años. Es así que mediante la denominada "Ley China" de 1849 se permitió el ingreso masivo de trabajadores chinos al Perú.

Si observamos las cifras vemos que entre los años 1849 a 1880 vinieron al Perú alrededor de noventa a cien mil chinos, a pesar de la durísima travesía que demoraba cerca de 120 días en realizarse y que por las malas condiciones del viaje, solo el 75% de los que salían al Perú llegaban al destino final. Esta política de inmigración de ciudadanos chinos, trajo muchas críticas, al tratarse de mano de obra barata que brindaba servicios en condiciones de una esclavitud encubierta, si bien no eran esclavos, sus condiciones de trabajo no eran las idóneas, estos

inmigrantes debido a la carencia de trabajo en su país de origen aunado al hecho de ser inmigrantes, aceptaban las condiciones que se les ofreciera. Por esa razón, en 1853 se derogó Ley que permitía el ingreso masivo de trabajadores inmigrantes chinos al Perú, debido a las fuertes críticas que generaba. Luego, en 1856 se prohibió el ingreso a los asiáticos - con excepción de los que vinieran voluntariamente - sin embargo su vigencia se vio culminada cinco años después, fruto de la presión de varios de los hacendados que requerían de mano de obra barata para sus proyectos, produciéndose la derogatoria de la mencionada Ley.

Como otro ejemplo de la promoción de la inmigración al Perú durante el siglo XIX, tenemos el dado por el primer Gobierno de Manuel Pardo y Lavalle (1872 --1876), mediante un programa liderado por el Gobierno peruano enviaba comisionados a Europa con el objeto de promocionar y fomentar la migración europea, creando así en el año 1872 la denominada “Sociedad de Inmigración Europea”, que se encargaría de fomentar la inmigración de ciudadanos europeos hacia nuestro país. Este programa funcionó hasta el año 1876, año de la conclusión del Gobierno de Manuel Pardo.

A su vez, la migración de ciudadanos japoneses a nuestro país comenzó a partir del año 1899. Esta migración fue supervisada e impulsada por el propio Gobierno Japonés y se realizó a través de contratos de trabajo de cuatro años de duración. Esta inmigración de ciudadanos japoneses al Perú fue patrocinado por el propio país de origen, como producto del crecimiento demográfico que el Gobierno Japonés no estaba en condiciones de atender. Así el Perú actuó como un país de destino aliado para el desplazamiento de la fuerza laboral japonesa.

En esta primera etapa de la República, vemos que el Perú se desarrolló como un país receptor de inmigrantes, proceso que se puede clasificar como plural (aunque falto de planificación u homogeneidad en el trato a los migrantes). Estas características distinguen a este proceso del de emigración, que más bien involucraba mayoritariamente a personas de la oligarquía comercial, terrateniente e industrial de nuestro país. Para estos grupos sociales, migrar y poder insertarse en las sociedades europeas era señal de prestigio y de poder.

Podemos señalar que hasta esta etapa de la historia del Perú, nuestro país no tenía limitaciones para la inmigración, no existiendo límites ni restricciones para los migrantes, a excepción del caso de inmigración china que se prohibió durante un periodo. Con ello, podemos apreciar claramente la voluntad de parte del Estado peruano de recibir migrantes en el siglo XIX con la finalidad de cubrir las necesidades de fuerza laboral en los sectores carentes de la misma.

Es necesario resaltar que durante gran parte del siglo XIX el Estado Peruano —al igual que otros países de la región, como Chile y Argentina— tuvo por política el fomentar la migración de población europea, para su empleo en diversas actividades económicas, otorgándoles ciertos incentivos, como ofrecerles un lugar para colonizar (lugar de residencia), como es el caso de la inmigración alemana a Pozuzo donde se les ofreció no solo residencia sino también el otorgamiento de tierras para su manutención, por medio de la agricultura, ganadería, etcétera. Nótese que la migración laboral proveniente de Europa tenía un destino laboral completamente distinto a la de las migraciones provenientes de África o Asia.

Mientras que en estos últimos casos las personas eran destinadas a prestar servicios en condiciones realmente penosas, los trabajadores migrantes europeos normalmente habían recibido una serie de facilidades.

Así, por ejemplo, mientras que es sabido que existía una frecuencia elevada de casos de siniestralidad en el trabajo de los cosolles en la extracción del guano, una gran porción de las personas provenientes de Italia se desempeñaban en emprendimientos propios dentro de ámbitos urbanos. Así, podemos apreciar la voluntad del gobierno de fomentar la migración de mano de obra barata a través de la migración asiática, mientras que para la migración europea les dejaba los territorios despoblados para su colonización.

A comienzos del siglo XX, en el año 1906 nuestro país promulgó la Ley N° 440 sobre fomento de la inmigración, la cual destinaba una parte del presupuesto general de la República a su fomento. Una norma de similar contenido se emitió en 1907, con la Ley N° 517, y lo propio ocurrió en 1909, con la dación de la Ley N° 993, que también destinaban presupuesto para dicho fomento. Como vemos, la asignación presupuestal al fomento de la inmigración, denota que continuaba siendo un aspecto importante para el Gobierno Peruano, asignando de esta manera los recursos del país para su desarrollo.

Ahora bien, la situación mundial comenzaba a cambiar con la entrada al siglo XX. Tras las restricciones impuestas por los Estados Unidos de Norteamérica a la migración luego de la primera guerra mundial, primero hacia los emigrantes europeos en la década de 1920 para llegar al cierre definitivo de todos los países de inmigración a partir de 1930; América Latina fue el destino buscado por los migrantes que voluntariamente migraban a otros países con mejores oportunidades, dado que América Latina era una de las pocas regiones del Nuevo Mundo que continuaba abierta a la inmigración de masas después de 1914.

Si realizamos un comparativo de nuestra situación económica con la de América Latina, medido en base al producto bruto interno (en adelante PBI), observamos que el PBI del Perú para el año de 1913 estaba por debajo del ingreso per cápita promedio de la región, conforme observamos en el siguiente cuadro.

Por lo cual en dicha época nuestro país difícilmente podía ser visto como un país de destino favorito para la migración laboral, a diferencia de lo que ocurría en otros países de la región. Tal era el caso de Argentina, que ostentaba un ingreso per cápita más alto que el que tenían varios países europeos, excediendo en 30% al ingreso per cápita de países europeos como España e Italia.

Cuadro N° 2

Países de Europa, América Latina y otros países de la OCDE: PIB per cápita, 1820-2000 (En dólares de 1990)

	Primera fase de Globalización Era de la Migración Masiva			1950	Segunda fase de Globalización Migración Restringida			2000
	1820	1870	1913		1973	1990	1998	
Europa								
Italia	1117	1499	2564	3502	10643	16320	17759	19223
España	1063	1376	2255	2387	8739	12210	14227	17392
Portugal	963	997	1244	2069	7343	10852	13929	15295
Noruega	1104	1432	2501	5463	11246	18470	23660	29523
Suecia	1198	1664	3096	6738	13493	17680	18685	20532
Promedio	1089	1394	2332	4032	10293	15106	17452	20393
América Latina								
Argentina		1311	3797	4987	7973	6512	9219	8645
Brasil	646	713	811	1672	3882	4924	5459	5594
Chile			2653	3821	5093	6401	9756	9957
Colombia			1236	2153	3499	4822	5317	5044
México	759	674	1732	2365	4845	6097	6655	7087
Perú			1037	2263	3952	2955	3666	3684
Uruguay		2005	3309	4660	4975	6473	8314	7790
Venezuela		569	1104	7462	10625	8313	8965	8440

Fuente: Revista del Cepal N° 80, Agosto 2003

*** Ajustados por la paridad de poder adquisitivo**

Elaboración: CEPAL

En nuestro país, la política migratoria comenzó a cambiar en 1920, año en el que se promulgó la Ley N° 4145 sobre “extranjeros peligrosos”. A dicha Ley le sucedió la Ley N° 7505 en 1932 que prohibía a los patrones emplear más de un 20% de salarios pagados por la empresa a trabajadores extranjeros, y para el año 1936 el gobierno de Oscar R. Benavides emitió un Decreto Supremo que establecía la cuota máxima (inmigrantes por nacionalidad) en 16 mil personas para la inmigración, la cual era una cifra que excedían muchas colonias en el Perú, como ya entonces ocurría con la colonia china. Este cambio de política probablemente se deba a que ya no existía déficit de fuerza laboral como en épocas pasadas, por tanto ya no era necesario el fomento de la inmigración de trabajadores.

De acuerdo al Decreto Ley N° 7000 de enero de 1931, los extranjeros de ambos sexos, establecidos en el país, o que residan en el por más de treinta días, mayores de dieciséis años, que posean o no carnet de permanencia, estaban obligados a inscribirse o renovar su inscripción en la sección de extranjería, recabando su carta de identidad, la cual era indispensable para ejercitar cualquier acción o reclamación ante las autoridades para gestionar licencias, solicitudes, ejercer cualquier actividad, etcétera. Como vemos, hasta este momento, con la sola inscripción en el servicio correspondiente, los extranjeros podían acceder a una carta de identidad, que les otorgaba el derecho de ejercer cualquier actividad, entre ellas la de trabajador.

Con el fin de la segunda guerra mundial, la reconstrucción económica de Europa y el restablecimiento de las relaciones comerciales y de las inversiones a nivel internacional en la segunda mitad de la década de 1940 y principios de la de 1950, se inició un nuevo periodo de prosperidad económica mundial. Es así que descendió la migración europea a Latinoamérica y empezó la emigración de ciudadanos peruanos de clase media, medianos empresarios y estudiantes peruanos al exterior. En esta década se experimenta lo que Altamirano nombra “la transición en la migración transnacional”; es decir, el Perú dejó de ser un país de inmigrantes y se convierte en uno de emigrantes.

A partir de 1980 surge en el Perú una violencia desatada por el conflicto armado interno y una grave crisis económica. En esta fase, diferentes clases sociales se vieron involucradas en los movimientos migratorios y los destinos fueron diversos e incluyeron países como Canadá, Australia y Japón, así como algunos países de América Central, en tanto lugares de tránsito para Estados Unidos, y en menor medida algunos países árabes. La migración a Japón se explica en la segunda mitad de la década de 1980 por la apertura de sus fronteras a miles de trabajadores, principalmente a los profesionales descendientes de japoneses nikkei. Durante los noventa, la emigración sigue siendo la tendencia en nuestro país y se extiende a los países de Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador, esto se debe, entre otras razones, porque son considerados países económicamente atractivos y/o cercanos.

En esta década, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, implementó el "Programa de Calificación de Personal Nacional Altamente Calificado en el Extranjero", que tenía como finalidad satisfacer la demanda del mercado laboral latinoamericano, transfiriendo a técnicos peruanos calificados en calidad de expertos hacia países de América Latina debido a la existencia de un excelente personal especializado y disponible en el país.

Ahora bien, en el periodo comprendido entre enero 1990 y junio 2007 se registró el caso de 1'940,817 de peruanos que emigraron al exterior, cifra que presenta un promedio de aproximadamente 108 mil emigrantes por año. Asimismo, en 1990 migraron fuera del Perú 46,506 habitantes, mientras que en el año 2006 esta cifra se incrementó en más del 500% llegando a 291,500 personas. En ambos casos debe considerarse que esta información solamente considera a los datos que constan en los registros oficiales. Por tanto, no se toma en cuenta a aquellas personas que hubieran emigrado en situación informal o irregular.

A partir del año 2000, el Perú se ha venido recuperando de constantes periodos de crisis económicas. Si se revisa el comportamiento de la competitividad del Perú desde el año 2006 — año en el que el Foro Económico Mundial (en adelante FEM) unificó el Growth Competitiveness Index (GCI) y el Business Competitiveness Index (BCI) en un solo índice denominado el Global Competitiveness Index (GCI), el cual es utilizado actualmente— se observa que desde 2007 el Perú, progresivamente, ha ido mejorando su posición competitiva como país. De acuerdo al Informe de Competitividad Global 2012-2013, el Perú ocupa el puesto 61 entre 144 economías evaluadas por el FEM.

2.4.4. Los Regímenes Laboral de los trabajadores extranjeros en el Perú

- La Constitución Política del Perú de 1979.- (CAJO COSAVALENTE, 2017)

Fue promulgada por Fernando Belaunde Terry – Presidente de la República el 12 de Julio de 1979 y tuvo vigencia hasta el autogolpe ocurrido en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori en fecha 05 de Abril de 1991.

Esta Carta Magna preveía en su artículo 42 el “trato preferente” en la contratación de los trabajadores nacionales por sobre los trabajadores extranjeros, y es en atención a lo contenido por mandato constitucional - anotando que las normas que regulaban la contratación de personal extranjero no habían sido objeto de modificación alguna desde la dación del Decreto Ley Nro. 22452 - y en atención a una política de promoción y fomento del empleo que estaba destinado a estimular y favorecer el crecimiento de la inversión privada, que el gobierno de turno en ejercicio de la delegación de facultades extraordinarias dadas por el Legislativo mediante la Ley Nro. 25327, es que se emite el Decreto Legislativo Nro. 689 – Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros así como su respectivo reglamento contenido en el Decreto Supremo Nro. 014-92-TR, constitucionalizando así los límites porcentuales establecidos en cuanto al personal y a las remuneraciones, “flexibilizando y simplificando” la contratación de los trabajadores extranjeros bajo el régimen laboral privado.

Esta situación no reviste mayor análisis ya que guarda plena concordancia con lo previsto en el artículo 1° de la Ley de Contratación de los Trabajadores Extranjeros que refiere: “Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales”.

- La Constitución Política del Perú de 1993.- (CAJO COSAVALENTE, 2017)

El inicio de los años noventa se caracterizaba por la crisis política, social y económica que afectaba a nuestro país, en la que un terrorismo galopante cada vez venía cobrando más fuerza del ámbito rural al urbano, por las altas tasas de inflación y desempleo, entre otros, es así que durante el primer gobierno del Alberto Fujimori Fujimori se dieron ajustes en la economía e implementaron medidas drásticas como “el paquetazo” o “fujishock”, lo que significó que si antes se apostaba por una economía de industrias estatales mediante la actividad empresarial del Estado esta sufre un revés, para proceder a incentivar la inversión extranjera privatizando las distintas empresas estatales, es en este contexto que “...creemos que era primordial la protección de la fuerza laboral nacional, más aún cuando nuestro país no era visto como un país atractivo para migrar por los problemas sociales que atravesaba, sino por el contrario era un país de origen que enviaba migrantes a otros Estados” (Culqui 2015: 129).

Siendo este el escenario, es que se marca un importante hito en nuestra historia constitucional, como es el autogolpe dado en el mes de abril de 1992, periodo en el cual se produjeron una serie de cambios, como es la promulgación de una nueva Constitución Política, la misma que fue previamente aprobada por el voto popular (vía referéndum), esto con la finalidad de que “...pudiera alinearse a las reformas que se estaban implementando, así como las que vendrían posteriormente”(Toyama 2015: 12), Carta Magna que se encuentra vigente en la actualidad.

En cuanto a la Contratación de Trabajadores Extranjeros a diferencia de su antecesora que hacía mención expresa sobre la preferencia de contratación de los trabajadores nacionales, la actual Constitución Política no hace referencia alguna sobre los mismos, sino que parte de una visión mucho más amplia que tiene como base el fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo, por lo que no existiría diferencia alguna entre los trabajadores nacionales y sus similares extranjeros, todo esto vinculado bajo el Principio - Derecho de Igualdad y el Principio de no Discriminación.

- Decreto Legislativo N° 689

LEY PARA LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Artículo 1.- Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales.

Artículo 2.- La contratación de trabajadores extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada y a los límites que establece la presente Ley y sus servicios están comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada. El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Artículo 3.- Para los efectos de la presente Ley, no se consideran en las limitaciones sobre contratación de trabajadores extranjeros a que se refieren los artículos 2 y 4 de esta Ley;

- a) Al extranjero con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos;
- b) Al extranjero con vía de inmigrante;
- c) Al extranjero con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad;
- d) Al personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera.
- e) Al personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos;
- f) Al personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, preste sus servicios en el país;
- g) Al inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 UIT;

- h) Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el Territorio de la República durante un período máximo de tres meses al año.

El personal comprendido en este artículo no está sujeto al trámite de aprobación de los contratos ni a los porcentajes limitativos establecidos en el artículo 4o. de la presente Ley.

Artículo 4.- Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios.

Artículo 5.- Los contratos de trabajo a que se refiere esta Ley serán a plazo determinado por un plazo no mayor de tres años, pudiendo prorrogarse sucesivamente por plazos no mayores de tres años. La Autoridad competente al otorgar la visa correspondiente tendrá en cuenta el plazo del contrato. (*)

(*) Artículo sustituido conforme el Artículo Único a la Ley N° 26196, publicada el 10-06-93, cuyo texto es el siguiente:

"**Artículo 5.-** Los contratos de trabajo a que se refiere la presente Ley deberán ser celebrados por escrito y a plazo determinado, por un período máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, debiendo constar además, el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación. La Autoridad competente al otorgar la visa correspondiente tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato."

Artículo 6.- Los empleadores podrán solicitar exoneración de los porcentajes limitativos prescritos en el artículo 4 de esta Ley, en los casos siguientes:

- a) Cuando se trate de personal profesional o técnico especializado;
- b) Cuando se trate de personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconvención empresarial;
- c) Cuando se trate de profesores contratados para la enseñanza superior, o de enseñanza básica o secundaria en colegios particulares extranjeros, o de enseñanza de idiomas en colegios particulares nacionales, o en centros especializados de enseñanza de idiomas;
- d) Cuando se trate de personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan celebrados contratos con organismos, instituciones o empresas del sector público;
- e) Cualquier otro caso que se establezca por decreto supremo, siguiendo los criterios de especialización, calificación o experiencia.

Artículo 7.- La solicitud de aprobación de contratos de trabajo y la documentación respectiva, será presentada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la jurisdicción donde se encuentre el centro de trabajo.

Dicha solicitud contendrá la declaración jurada que el trabajador no se encuentra incurso en las limitaciones del artículo 4 de la presente Ley. El contrato se considerará aprobado a la presentación de la solicitud, sin perjuicio que la Autoridad Administrativa de Trabajo disponga la realización de una visita de inspección, cuando lo considere conveniente.

La Autoridad Administrativa de trabajo, responsable del trámite, llevará un registro de contratos de trabajo de personal extranjero. La Autoridad Administrativa de trabajo Regional informará a la sede central del Ministerio de Trabajo y Promoción Social sobre los contratos registrados, a fin de contar con un registro nacional.

Artículo 8.- Las solicitudes deberán ser acompañadas con los siguientes documentos:

- a) Declaración Jurada de la empresa donde conste que la contratación del extranjero se encuentra dentro de los porcentajes limitativos establecidos en el artículo 4;
- b) El contrato de trabajo escrito;
- c) El título profesional o los certificados correspondientes, debidamente legalizados por las autoridades competentes;
- d) Fotocopia legalizada del pasaje o billete de transporte del trabajador extranjero y su familia que garanticen su retorno a su país de origen o al que convengan.

Artículo 9.- Los empleadores serán sancionados con multa sin perjuicio de las demás sanciones que fueran aplicables en virtud de otras normas legales, cuando incurran en los siguientes actos:

- a) Omisión del trámite de aprobación del contrato de personal extranjero comprendido en la presente Ley.
- b) Fraude en la declaración jurada o en la documentación acompañada para la aprobación del contrato del trabajo;
- c) Incumplimiento en la ejecución de los contratos de trabajo;
- d) Realización de fines distintos al propósito legal que mereció la aprobación del contrato;
- e) Incumplimiento del compromiso de capacitar al personal nacional;
- f) Incumplimiento de cualquier otra obligación prevista en la presente Ley y su reglamento.

Artículo 10.- La Dirección General de Empleo y Formación Profesional tendrá como función recomendar a la Alta Dirección los criterios referidos a la formulación y ejecución de la política de migración laboral.

Artículo 11.- En el marco de los Convenios entre el Gobierno del Perú y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Ministerio de Trabajo y Promoción Social coordinará la cooperación de la OPM y difundirá sus planes y programas a efectos de la localización de personal idóneo extranjero y nacional residente en el exterior, la verificación y presentación de la documentación, traslado y retorno del personal comprendido por la presente Ley, así como la aprobación de los contratos del personal extranjero que sean canalizados mediante esta Organización.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley en el plazo improrrogable de 90 días, contados a partir de la vigencia.

SEGUNDA.- El presente Derecho Legislativo entrará en vigencia treinta (30) días después de su publicación en el diario oficial "El Peruano".

TERCERA.- Los empleadores omisos al trámite de aprobación de contratos de trabajo de personal extranjero deberán regularizar la contratación en un plazo máximo de 60 días, contados a partir del día siguiente de la vigencia de la presente Ley, sin que haya lugar a la imposición de multa por la referida omisión.(*).

(*) De conformidad con la Tercera Disposición Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 014-92-TR, publicada el 23-12-92, el plazo de 60 días para la regularización contemplada, se entiende como de días hábiles.

CUARTA.- Los expedientes en trámite se adecuarán a las disposiciones de la presente Ley a partir de su vigencia.

QUINTA.- La presente Ley se aplica sin perjuicio de la observación de los tratados internacionales sobre la materia en lo que sean más favorables.

SEXTA.- Derógase el Decreto Ley N° 22452, su Reglamento y demás normas que se opongan a la presente Ley.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cuatro días del mes de Noviembre de Mil novecientos noventa y uno.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

- Decreto Supremo N° 001-2018

LINEAMIENTOS PARA EL OTORGAMIENTO DEL PERMISO TEMPORAL DE PERMANENCIA PARA LAS PERSONAS DE NACIONALIDAD VENEZOLANA

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

Artículo 1.- Objeto

Los presentes lineamientos tienen por objeto establecer el procedimiento para otorgar el permiso temporal de permanencia por un año a las personas de nacionalidad venezolana, que hayan ingresado al territorio nacional hasta el 31 de diciembre de 2018.

Artículo 2.- Plazo de presentación de solicitud

El plazo para presentar la solicitud del Permiso Temporal de Permanencia - PTP es hasta el 30 de junio de 2019.

Artículo 3.- Competencia

Las solicitudes a que se refieren los presentes lineamientos, serán resueltas en única instancia por la Jefatura Zonal respectiva o por la Gerencia de Servicios Migratorios de la Superintendencia Nacional de Migraciones - MIGRACIONES, según corresponda.

Artículo 4.- Condonación

A las personas beneficiarias se les condonará las multas y tasas establecidas en la normativa migratoria vigente, cuyo pago se encontrará pendiente a la fecha de otorgamiento del PTP.

Artículo 5.- Fiscalización posterior

MIGRACIONES podrá verificar la autenticidad y veracidad de las declaraciones, documentación, información y traducciones que fueron presentadas como sustento del trámite por quienes hayan solicitado el PTP, de conformidad con lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

CAPÍTULO II

PERMISO TEMPORAL DE PERMANENCIA

Artículo 6.- Permiso Temporal de Permanencia - PTP

El PTP es un documento emitido por MIGRACIONES que puede ser verificado en línea, a través del cual se acredita la situación migratoria regular en el país y que habilita a la persona beneficiaria a desarrollar actividades en el marco de legislación peruana.

Artículo 7.- Condiciones para obtener el PTP.

Para tramitar el PTP, la persona solicitante debe cumplir de manera conjunta o concurrente, con las siguientes condiciones:

- Haber ingresado al territorio nacional hasta el 31 de diciembre de 2018.
- Encontrarse en el país en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su autorización de permanencia o residencia; o que estando en situación migratoria regular opten por el referido permiso.
- No tener antecedentes policiales, penales y/o judiciales a nivel nacional e internacional.

Artículo 8.- Requisitos para tramitar el permiso temporal de permanencia.

En atención a la naturaleza y finalidad del PTP, la solicitud es de carácter personal y se debe cumplir con los requisitos detallados a continuación:

- Constancia de cita electrónica.
- Copia simple del pasaporte o cédula de identidad.
- Pago del derecho de trámite establecido en el artículo 10 de estos lineamientos.
- Declaración jurada de no poseer antecedentes policiales, penales y judiciales a nivel nacional e internacional, excepto para menores de edad y personas con discapacidad.
- Ficha de Canje Internacional - INTERPOL, sólo para mayores de edad con derechos y obligaciones civiles.

En caso de menores de edad, se presentará adicionalmente la partida o acta de nacimiento apostillada. En caso de no contar con la apostilla, se presentará declaración jurada de autenticidad del documento.

Artículo 9.- Procedimiento

Las solicitudes para el permiso temporal de permanencia se tramitan según el siguiente procedimiento:

- a) La persona de nacionalidad venezolana realizará el trámite de manera personal en las áreas de atención de MIGRACIONES destinadas para tal fin, presentando todos los documentos establecidos en el artículo precedente.
- b) MIGRACIONES recibe la documentación y procederá a registrar los datos en el sistema, derivando el expediente al área correspondiente para su calificación. En caso de efectuar observaciones a la documentación presentada, efectuará el registro y concede al ciudadano el plazo máximo de diez (10) días hábiles para subsanarla. Vencido el plazo, la solicitud se tendrá por no presentada.
- c) Evaluada la solicitud, MIGRACIONES, según el caso emitirá la resolución administrativa correspondiente hasta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles.
- d) Con la resolución favorable que otorga el PTP, MIGRACIONES emite el Carné de Permiso Temporal de Permanencia correspondiente.

Artículo 10.- Costo del derecho de trámite

El pago por concepto de derecho de trámite asciende a cuarenta y uno con 90/100 soles (S/ 41.90).

Excepcionalmente, MIGRACIONES podrá diferir el pago del derecho de trámite hasta por un plazo de doce (12) meses contados a partir de emisión del carné o hasta la solicitud de cambio de calidad migratoria o su salida del país, según corresponda.

En caso de incumplimiento, MIGRACIONES aplicará la sanción que corresponda de acuerdo a la normativa migratoria vigente.

Artículo 11.- Plazo

El PTP se otorga por un plazo de un (01) año.

Artículo 12.- Régimen laboral

Con el otorgamiento del PTP, se faculta a la persona beneficiaria a trabajar formalmente en el territorio nacional, en el marco de la legislación peruana.

Para tal efecto, MIGRACIONES comunicará al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el otorgamiento del permiso, a efectos que se libere a la persona beneficiaria con el PTP de restricciones de carácter laboral.

Artículo 13.- Pérdida

El PTP se pierde en caso que la persona beneficiaria se ausente del territorio nacional por más de ciento ochenta y tres (183) días consecutivos o alternados desde su última salida como residente PTP, dentro de un período de trescientos sesenta y cinco (365) días, sin autorización de MIGRACIONES.

Artículo 14.- Improcedencia de la solicitud

Es improcedente la solicitud de PTP de las personas de nacionalidad venezolana que se encuentren comprendidas en los supuestos previstos en el artículo 48 del Decreto Legislativo N° 1350, con excepción de los previstos en los incisos f), g) y h) del artículo 48.1 y a) del artículo 48.2 del mismo Decreto Legislativo.

Artículo 15.- Abandono del país en caso de denegatoria

En caso de denegatoria o improcedencia de la solicitud de PTP y luego de agotada la vía administrativa, la persona que se encuentre en situación migratoria irregular deberá abandonar el país en el plazo máximo de treinta (30) días calendario, computados a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la resolución administrativa. La orden de salida puede prorrogarse por única vez, por quince (15) días calendario adicional, siempre que medien motivos justificados.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Primera.- Disposiciones administrativas

MIGRACIONES dicta las disposiciones administrativas necesarias para la adecuada aplicación de los presentes lineamientos.

Segunda.- Duplicado de PTP en caso de robo o extravío

En caso de pérdida o extravío del PTP, el titular deberá cumplir con presentar la denuncia policial respectiva, debiendo presentar copia simple de ésta y abonar el monto previsto en el primer párrafo del artículo 10 para efectos de la emisión del duplicado respectivo. No resulta aplicable la exigencia de denuncia policial en caso la solicitud de duplicado se sustente en el deterioro del PTP que haga imposible su empleo para los fines previstos en la presente norma.

Tercera.- Aplicabilidad de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 007-2017-IN respecto de la totalidad de PTP emitidos por MIGRACIONES

Precísese que lo previsto en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 007-2017-IN, respecto de los PTP emitidos en el marco del Decreto Supremo N° 002-2017-

IN, resulta también de aplicación respecto de los referidos documentos expedidos al amparo de la presente norma y del Decreto Supremo N° 023-2017-IN.

2.4.5. Derechos Laborales Migratorios (CULQUI FERNANDEZ, 2015)

2.4.5.1. La Comunidad Andina de Naciones y su aplicación en el Perú

El 26 de mayo de 1969, cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú) firmaron el Acuerdo de Cartagena, con el propósito de trabajar juntos en la integración y la cooperación económica y social, de modo que se refleje en la mejora del nivel de vida de sus nacionales.

De esta manera, se puso en marcha el denominado Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena que actualmente lo conforman, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, siendo actualmente conocido como la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

La CAN es históricamente uno de los organismos pioneros en destacar la importancia de la gestión migratoria laboral para lograr el desarrollo de la región a partir de su integración. Este organismo, después de la Unión Europea, es el proceso de integración regional con mayor trayectoria histórica.

En 1977 se adoptó la Decisión 116 que definió por primera vez las disposiciones y mecanismos institucionales sobre procedimiento de contratación de trabajadores andinos y la protección de los trabajadores y sus familias. Esta decisión fue considerada un ejemplo de acuerdo migratorio en el marco de un proceso de integración regional. No obstante, ante los cambios económicos y políticos de los años ochenta, este instrumento se descontextualizó y no logró cumplir sus objetivos, desactivándose a mediados de los años ochenta.

Sin embargo la Decisión 116, sirvió como base para lo que luego se denominaría el Instrumento Andino de Migración Laboral. Es así que los miembros del Acuerdo, en su afán de desarrollar el aspecto social del Acuerdo, comenzaron a perfilar el concepto de ciudadanía andina. Así, mediante acuerdo del XII Consejo Presidencial Andino de Lima de julio de 2000 se creó el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina y se le encomendó desarrollar acciones en varios ejes temáticos que coadyuvasen a fortalecer la dimensión sociolaboral del proceso de integración así como favorecer el ejercicio del derecho comunitario de los trabajadores a la libre circulación y establecimiento en el espacio andino.

Fue de especial interés de este Consejo el establecer el derecho al libre establecimiento de los trabajadores al interior de la comunidad. Es así que en 1999, el Consejo Presidencial Andino propuso crear las condiciones para que a la libre circulación de bienes en el Mercado Común Andino, se añada también la libre movilidad de servicios, capitales y personas.

En ese sentido, años más tarde, en junio del 2003, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en su Undécima Reunión, aprobó la reformulación del Instrumento, conocido hoy en día como la Decisión 545 – Instrumento Andino de Migración Laboral, con el objetivo de establecer normas que permitan la libre circulación y residencia de los nacionales andinos en la subregión, con fines laborales y bajo relación de dependencia.

Es preciso señalar que según el ordenamiento jurídico comunitario andino, las Decisiones tienen carácter vinculante en cada uno de los Países Miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena y no requieren de aprobación legislativa nacional. Es decir, esta Decisión es parte de la legislación nacional de los Países Miembros desde junio de 2003 y se ha convertido en uno de los elementos más emblemáticos que permitirá impulsar la construcción de la ciudadanía andina para millones de trabajadores comunitarios, que ejercen su derecho a establecerse en cualquier otro País Miembro del espacio andino.

El Instrumento Andino de Migración Laboral tiene como objetivo la definición de un conjunto de principios y normas generales que permiten a los nacionales de los Países Miembros establecerse, con fines laborales y bajo relación de dependencia, en cualquier otro país comunitario andino al de su domicilio habitual, precisando de ser de forma progresiva y gradual.

El ámbito de aplicación de la Decisión 545 son los trabajadores migrantes andinos, quedando excluido el empleo en la Administración Pública y aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.

La Decisión define a los trabajadores migrantes andinos en cuatro tipos:

- Trabajador con Desplazamiento Individual
- Trabajador de Empresa
- Trabajador de Temporada
- Trabajador Fronterizo

La Decisión señala en su artículo 10 que se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, credo, condición social u orientación sexual.

Asimismo se reconoce los siguientes derechos a todos los trabajadores migrantes andinos:

- La igualdad de trato y de oportunidades,
- Sindicalización y negociación colectiva de conformidad a legislaciones nacionales y convenios,
- Protección de la familia del trabajador,

- Libertad de transferencia de fondos provenientes de su trabajo, así como de sumas por obligaciones alimentaria,
- Imposición de tributos en país donde se genera la renta,
- Acceso a instancias administrativas y judiciales para defender sus derechos,
- Acceso a sistemas de seguridad social según normativa comunitaria vigente y derecho a prestaciones sociales según legislación de país de inmigración,
- La no discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.

Con estos preceptos, la Comunidad Andina señala que todos los trabajadores pertenecientes a las nacionalidades de los miembros de la Comunidad deben recibir igual trato que sus nacionales, por lo cual gozan de sus mismos derechos y obligaciones en el país de acogida miembro de la Comunidad en el que se encuentren.

Cabe precisar que la Decisión 545 requiere de un reglamento para que inicie su vigencia, sin embargo hasta el momento ello no se ha dado.

No obstante, a pesar de su falta de reglamento, el Perú ha sido uno de los pioneros en implementarlo, estableciendo normas de carácter nacional que desarrollan la Decisión y que hacen posible su implementación. Esa implementación ha sido unilateral, puesto que formalmente este instrumento no ha entrado en vigencia.

La encargatura de implementar la Decisión 545 en nuestro país ha sido otorgada al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, es así que el Ministerio de Trabajo a través de la creación de la Dirección de Migración Laboral, se ha encargado de la implementación de la Decisión, otorgándole las potestades y funciones suficientes para llevar a cabo dicha implementación.

En virtud del precepto que señala que los trabajadores migrantes andinos tienen el mismo tratamiento que los trabajadores nacionales, no se les aplica la LCTE, por lo cual no están sujetos a su procedimiento especial de contratación de trabajadores ni a sus límites porcentuales de contratación. Adicionalmente, para coadyuvar a un registro eficiente y rápido de los contratos de trabajo de los migrantes comunitarios, a partir del martes 11 de enero del 2011, mediante R.M. N° 318-2010/ TR de fecha 21 de diciembre de 2010, se creó el Sistema Virtual del Trabajador Migrante Andino (en adelante SIVITMA), el cual permite la emisión automática vía web de la expedición de la constancia del trabajador migrante andino así como la aprobación automática del contrato.

Asimismo, cabe resaltar que al tener el tratamiento de trabajadores nacionales, pueden contar con contratos de naturaleza indeterminada desde el inicio de su relación laboral, al contrario que los trabajadores migrantes de países que no son miembros de la CAN, donde tienen un plazo límite de contratación de tres años renovable, situación que hemos observado, toda vez que un trabajador que realice labores de naturaleza permanente dentro de una empresa, debería

tener la posibilidad de contar con un contrato a plazo indeterminado, si por la naturaleza del servicio así lo amerita.

El asegurar a los trabajadores de la Comunidad Andina, tratamiento como trabajadores nacionales, hace que sus derechos laborales se resguarden, al menos al no realizar distinciones que pueden resultar perjudiciales o contraproducentes respecto a sus derechos laborales fundamentales.

La Comunidad Andina también ha implementado otros instrumentos importantes que han coadyuvado a una gestión adecuada de la migración laboral en los países comunitarios. Así tenemos la Decisión 503 del año 2001 que reconoce los documentos nacionales de identificación como único requisito para que los nacionales y extranjeros residentes en los países miembros puedan viajar por la subregión en calidad de turistas.

Así también la Resolución 527 del año 2006 que crea la Tarjeta Andina de Migración (en adelante TAM) como documento uniforme de control migratorio y estadístico de uso obligatorio, para el ingreso y salida de personas del territorio de los Países Miembros, que aplican todos los Países Miembro.

Asimismo, se tiene a las Decisiones 583 y 584 del año 2004 que garantiza la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios durante su residencia en otro País Miembro y garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los Países Miembros.

De esta manera la CAN ha significado un avance importante en la región en el reconocimiento de los derechos laborales de los migrantes de los Países Miembro en nuestro país, sin embargo debemos observar que ha tenido poco desarrollo a nivel de otros países es, al menos respecto a la Decisión 545 que no ha sido implementada en los demás Países Miembros debido a su falta de reglamentación.

Como vemos, la implementación de la Decisión al estar a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha mostrado claros avances respecto a las facilidades de la contratación de trabajadores migrantes comunitarios. Sin embargo, ello no se ha reflejado en el cambio de calidad migratoria de los trabajadores comunitarios, donde el ente rector del otorgamiento de calidad migratoria es MIGRACIONES.

Así tenemos que si bien los nacionales de los Países Miembros tienen facilidades para el registro de trabajadores en el Ministerio de Trabajo, estos esfuerzos no han sido integrados con MIGRACIONES, toda vez que los migrantes andinos no tienen ninguna prerrogativa ante esta entidad, siendo que deben seguir el procedimiento regular para la tramitación de su visa de trabajo, el cual puede ser prolongado, lo cual impide su inserción en el mercado laboral, hasta no obtener su calidad migratoria respectiva.

Si uno de los objetivos de la CAN es facilitar la migración entre los países andinos, creemos que la obtención de la visa de trabajo debería tener un procedimiento especial más

beneficioso para aquellos que cumplen con los requisitos respectivos, como se da en el caso de convenios con otros países de la región, como en el caso del Mercado Común del Sur, puesto que es uno de los objetivos de este acuerdo la integración de los países comunitarios, siendo en este punto el interés y esfuerzo de sus miembros el fortalecimiento de la empleabilidad en la Comunidad Andina.

2.4.5.2. El Mercado Común del Sur y su aplicación en el Perú

El Mercado Común del Sur (en adelante MERCOSUR) es un bloque de integración regional que tiene como objetivo crear un bloque de integración comercial creado a partir del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991. Los países que son miembros del MERCOSUR son Brasil, Argentina, Uruguay, Venezuela¹ y Paraguay, y tiene como países asociados a Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Surinam, Perú y Bolivia, aunque esta última se encuentra en proceso de adhesión.

El Perú se asoció a partir de la Decisión N° 39/03 del CMCS, el 15 de diciembre de 2003, y desde junio del 2011 se adhirió al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile que fue ratificado mediante Decreto Supremo N° 047-2011-RE y entro en vigencia en nuestro país el 28 de junio de 2011.

Este acuerdo tiene por objetivo que los nacionales de un Estado Parte del Acuerdo que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de ciertos requisitos, medida que coadyuva a la inserción de trabajadores en los países miembros del Acuerdo.

Es así que mediante la aplicación de este acuerdo los nacionales de Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Chile y el último en adherirse al Acuerdo en junio del 2012, Colombia, que deseen residir en nuestro país, pueden solicitar una residencia temporal de dos (02) años ante MIGRACIONES.

Es importante resaltar que los ciudadanos extranjeros de las nacionalidades señaladas, pueden aplicar a ésta residencia temporal con cualquier condición migratoria por la que hayan ingresado al país, e inclusive les otorga la posibilidad de regularizar su calidad migratoria.

Mediante este Acuerdo, un nacional de cualquier país miembro del MERCOSUR, puede solicitar residencia en el Perú por dos años, acreditando su (i) nacionalidad y (ii) la carencia de antecedentes en el país peticionante donde desea residir y en el país que hubiera residido los cinco (05) años anteriores a su solicitud. Como vemos este Acuerdo es un claro ejemplo, de facilidades migratorias en la región de modo que un extranjero pueda solicitar la residencia en nuestro país, sin aún haber obtenido un puesto de trabajo. Este tratamiento permite que cualquier nacional de

¹ La República Bolivariana de Venezuela se encuentra suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado parte del MERCOSUR, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del protocolo de Ushualia

un país miembro del Acuerdo solicite su residencia, para luego buscar oportunidades laborales e insertarse en el nuevo mercado laboral, en este caso el peruano.

Cabe precisar, que una vez obtenida su residencia pueden aplicar a cualquier puesto laboral en el país, puesto que la residencia les otorga el derecho de trabajar legalmente en nuestro país.

Los nacionales de los países miembros del Acuerdo pueden acceder a la residencia permanente en nuestro país, una vez transcurridos dos años de residencia temporal, siendo los requisitos principales: (i) el certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el Perú, y (ii) la acreditación de medios de vida lícitos (como por ejemplo un contrato de trabajo, boletas de pago, contrato de locación de servicios, etc.) que permitan la subsistencia al petitioner y a su familia de vivir en el Perú. Aquí vemos una diferencia con la inmigración de extranjeros de otras nacionalidades, toda vez que a los nacionales de los países miembros del Acuerdo, no se les exige un mínimo de ingreso en el país para cambiar su residencia a permanente.

Alrededor de este Acuerdo, se han creado otros instrumentos que facilitan la migración y la obtención de residencia de los nacionales de los Países Miembros del MERCOSUR, como es el caso del acuerdo de exención de traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, vigente en nuestro país a partir del 28 de julio del 2014.

Por este Acuerdo de exención los nacionales de cualquiera de los Estados Partes del Acuerdo quedan dispensados, en los trámites administrativos de solicitud de visa, renovación de plazo de estadía y concesión de permanencia, de la traducción de los siguientes documentos: (i) pasaporte, (ii) cédula de identidad, (iii) testimonios de partidas o certificados de nacimiento y de matrimonio, (iv) certificado de ausencia de antecedentes penales. Solo en el caso de dudas fundadas en cuanto al contenido del documento presentado, MIGRACIONES podrá, excepcionalmente, exigir la traducción del documento respectivo.

Como vemos el MERCOSUR, ha desplegado sus esfuerzos en facilitar la migración y la obtención de residencia en nuestro país. No obstante, los Acuerdos no han incluido a otros actores como el sector trabajo, mediante este Acuerdo solo se otorga facilidades a nivel migratorio, más no a nivel laboral para los nacionales de los países miembro, por lo cual para acceder al mercado laboral, los nacionales de los Países Miembro deberán de seguir la regulación de cualquier extranjero en el Perú, sujetándose a los límites porcentuales de contratación y al procedimiento especial de contratación, con las limitaciones señalados en el presente capítulo. Este Acuerdo es un importante ejemplo de la integración entre los países de la región, sin embargo su regulación se encuentra incompleta, al no tener medidas que faciliten la contratación de los trabajadores de los países miembro dentro del sector trabajo.

Debemos señalar que el Perú también cuenta con Acuerdos Bilaterales que otorgan beneficios particulares y adicionales conforme a cada Acuerdo, como son los Acuerdos Bilaterales con Argentina, Ecuador, Chile, Canadá y España, lo que sumaría los esfuerzos por lograr que una internacionalización de las relaciones laborales, a través del flujo de migrantes sea

gestionado de manera eficiente, velando por el respeto de los derechos laborales de los trabajadores, independientemente de su nacionalidad.

Adicionalmente, debemos precisar que a nivel de Estado no resulta posible sostener un discurso que invoque una mayor integración internacional (como por ejemplo por medio del Fondo de Cooperación Económica Asia-Pacífico, Comunidad Andina, Mercado Común del Sur, Conferencia Suramericana, Tratados de Comercios como el establecido con Chile, entre otros) y a la vez, desconocer o restringir los derechos de las personas extranjeras en el país.

En ese sentido, creemos que los procesos de integración económica son un importante espacio y una oportunidad para que los Estados, entre ellos el Perú, discutan la migración de la fuerza laboral, al ser una consecuencia necesaria e importante de los procesos de integración, es por ello que es importante el estudio y revisión de la normativa, de manera que asegure un desarrollo coherente, respetuoso y beneficioso que coadyuve al aseguramiento del respeto los derechos laborales de los trabajadores migrantes.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 ENFOQUE Y DISEÑO.

- **Enfoque Cualitativo;** porque se busca explicar los motivos que logran determinar la vulneración del ordenamiento jurídico con relación a las normas que regula la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú y el régimen laboral para personas de nacionalidad venezolana, con la finalidad de propiciar la igualdad al momento de contratar personal extranjero.
- **Diseño descriptivo,** ya que se busca analizar y recolectar información que permita desarrollar lo relacionado a los trabajadores extranjeros en el Perú, con la finalidad de presentar una adecuada tutela a los derechos del trabajador extranjero. Además esta investigación se basará en un **Diseño Documental**, el cual consiste en un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales como son: impresas, audiovisuales o electrónicas.
- **Método:** Es **Analítico**, pues, se divide intelectualmente el objeto de estudio para examinar y entender cada una de sus partes.
- **Inductivo:** Este método va lo particular a lo general; es decir analizado de forma independiente cada una de las partes del trabajo de investigación, se obtendrá de forma global, cuales son los efectos que implica aplicar el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, relacionado al PTP y al Régimen laboral regulado para las personas de nacionalidad venezolana.

3.2 SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN.

Los sujetos que comprende la presente investigación y que abordaré en el presente trabajo son trabajadores venezolanos migrantes al Perú.

3.3 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS.

- **Método descriptivo Analógico**

Se empleó porque la presente investigación necesitó analizar si el Decreto Supremo N° 001-2018-IN vulnera el orden Jurídico que posee todo Sistema Jurídico, en específico, el Decreto Legislativo N° 689 y su Reglamento; estudiando, también las modificaciones que se han dado en cuanto a la Regularización de Trabajadores Extranjeros en el Perú.

- **Método Hermenéutico Jurídico**

Se empleó para analizar y comparar la normatividad nacional e internacional sobre las figuras jurídicas estudiadas.

- **Método Inductivo**

Se basa en la acumulación de datos cuya tendencia permitió explotar o generalizar el comportamiento de los sistemas en estudio. La veracidad de sus conclusiones, se vieron reafirmadas con la generación de datos que apunten a la misma dirección.

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

- **Fuentes Directas:** Constitución Política del Perú, tratados internacionales referente a los trabajadores extranjeros, convenios bilaterales firmados con Perú, Decreto Legislativo 689, Decreto supremo N° 001-2018-IN, Decreto Supremo N° 001-2017-IN, Doctrina, artículos jurídicos, publicados en Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Libros especializados, internet, notas periodísticas, entrevistas, entre otros.
- **Técnicas:** La técnica a emplearse será aquella que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, las técnicas a emplearse son las siguientes:
 1. **Fichaje:** a través del fichaje bibliográfico se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú y trabajadores de nacionalidad Venezolana, sus críticas y defensas, llegando a tener una postura respecto a la investigación.
 2. **Recolección y Análisis de datos:** por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de nuestra investigación.

Procesamiento de información: La información se procesará de acuerdo a los logros obtenidos mediante las técnicas, fuentes e instrumentos empleados para la recolección de la información.

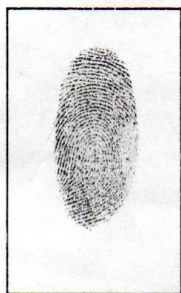
3.5 ASPECTOS ÉTICOS

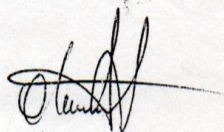
UNP-VRI-OCIN-DJ-Nº... /201_

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: Diego Aldo García Chapa identificado con DNI -Nº 47343670, en la condición de Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y domiciliado en Av. Champagnat Mz. A lote 4, Sullana, Sullana, Piura. Celular: 951683494, Email: diegoaldo_gch@hotmail.com

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. Nº 411, del código Penal concordante con el Art. 32º de la Ley Nº 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.




47343670

Piura 11, de agosto del 2018.

CAPÍTULO IV: PROBANZA DE HIPOTESIS

4.1 Probanza Jurídico Social

El fenómeno migratorio, propio de la realidad social de nuestros tiempos y del mundo globalizado en el que vivimos, ha tomado real importancia; sin ir muy lejos tenemos a un país que en su momento lideró el ranking de las mejores economías del mundo; sobresaliendo entre los países de Sudamérica. Venezuela, hoy atrapada en una crisis política, económica y social ha dejado de ser la de los años 90's y ha pasado a ser protagonista de múltiples protestas, incrementando sus índices de desnutrición y sobreviviendo frente a la escasez de productos y una incierta hiperinflación.

Ante la actual realidad que vive el país llanero, miles de ciudadanos venezolanos decidieron buscar oportunidades fuera de su patria, esencialmente oportunidades laborales; esto se ve reflejado en la reciente nota de prensa del diario la Republica, Perú del 03.11.2018, "El éxodo de los **venezolanos**, considerado por la agencia de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como el movimiento de personas más grande de la historia reciente de América Latina".

En esa misma línea, según diario GESTION Perú del 02.09.2018, solo entre marzo y abril, más de 1,300 venezolanos empezaron a trabajar formalmente según la planilla electrónica del Ministerio de Trabajo. En cuanto a dónde trabajan, 6,044 (61.6%) están en la actividad de servicios; 2,157 (22%), en comercio; 1,087 (11.1%), en manufactura; 249 (2.5%), en construcción; 147 (1.5%), en industrias extractivas; y el resto en otras actividades.

Asimismo, el 21.9% trabajan en empresas de 500 trabajadores a más; 21.1%, en empresas de 101 a 499 trabajadores; 11.5%, en empresas de 51 a 100 trabajadores; 26.6%, en empresas de 11 a 50 trabajadores; y 18.8%, en empresas de 1 a 10 trabajadores.

La mayoría de venezolanos que trabajan en el empleo formal, 1,141 (11.6%), lo hacen como agentes técnicos de ventas; 794 (8.1%), como empleados de oficina; 491 (5%), como mozos y bármans; 351 (3.6%), como empleados de aprovisionamiento y almacenaje; 234 (2.4%), como vigilantes; 226 (2.3%), como meseros y cocineros.

De lo antes citado, y dejando claro el panorama en el que vive actualmente nuestro país respecto al fenómeno migratorio de ciudadanos venezolanos, se hizo necesario analizar la norma que viene regulando el régimen laboral de los trabajadores extranjeros en el Perú dentro de la normativa sustantiva, Decreto Legislativo N° 689; además de tener presente que el elevado número de personas de nacionalidad venezolana que ingresan a territorio Peruano en busca de oportunidades laborales, ha conllevado a los órganos del estado, a generar normas que estarían vulnerando el orden jurídico. Esto último, en referencia al Decreto Supremo N° 001-2018-IN, en específico al Permiso Temporal de Permanencia, calidad migratoria que les permite trabajar formalmente, pagar impuestos y abrir cuentas bancarias, como indica Roxana del Águila, gerente general y actualmente encargada de la Superintendencia Nacional de **Migraciones**. "Tenemos un aproximado de 550.000 venezolanos que podrán acogerse a este beneficio (PTP)".

Finalmente, tenemos, que actualmente existe un Decreto Supremo, publicado el 23 enero del año 2018, diseñado para personas extranjeras únicamente de nacionalidad venezolana, a través de la cual se les otorga el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), junto con ello se les está otorgando la posibilidad de buscar y trabajar sin mayor requisito que haber obtenido el PTP, a diferencia de otras nacionalidades que deben cumplir con los requisitos ya establecidos en la Ley para la contratación de trabajadores extranjeros publicada el 04 de noviembre de 1991, lo que manifiesta una clara ventaja del ciudadano venezolano ante cualquier otra nacionalidad.

4.2 Probanza Jurídico Doctrinal

4.2.1 La jerarquía normativa entre el Decreto Legislativo N° 689 y el Decreto Supremo N° 001-2018-IN que regula el régimen jurídico laboral para venezolanos

Para Hans Kelsen (KELSEN, 2009), la Jerarquía Normativa la define como *“Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden”*. Por lo que se puede inferir que la existencia de un sistema jurídico significa también la existencia de una norma básica de la cual surge todo el conjunto de normas.

Así mismo Fernando Segado (FERNANDEZ SEGADO, 1992) señala respecto a la Pirámide Jurídica *“implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango (énfasis agregado). Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide obviamente se sitúa la Constitución”*. Un sistema jurídico no está constituido por normas yuxtapuestas y coordinadas, sino por normas jerárquicas y superpuestas”.

Ahora, Respecto al Decreto Legislativo y Decreto Supremo; Marco Cabrera y Rosa Quintana, Señalan (CABRERA VASQUEZ & QUINTANA VIVANCO, 2000), lo siguiente;

De los **Decretos Legislativos** debemos indicar lo siguiente:

- Emanan de autorización expresa y facultad delegada del PODER LEGISLATIVO, y deben sujetarse a la materia y dictarse dentro del término que especifica la ley autoritativa correspondiente, salvo el caso contemplado en el artículo 104° de la constitución.
- Son aprobados por el Consejo de Ministros, firmados por el Presidente de la República dar cuenta a la entidad delegante. La CONSTITUCION POLITICA norma:

“Artículo 104°.- El congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

NO PUEDEN DELEGARSE LAS MATERIAS QUE SON INDELEGABLES A LA COMISION PERMANENTE.

Los decretos legislativos son sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al congreso o a la comisión permanente de cada decreto legislativo”.

“Artículo 123°.- Al presidente del Consejo de Ministros, quien puede ser ministro sin cartera, le corresponde: (...)

3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la constitución y la Ley.” (Constitución)

“Artículo 125°.- Son atribuciones del Consejo de Ministros: (...)

2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley...” (Constitución).

- **En el PERÚ el DECRETO LEGISLATIVO tiene fuerza de ley** (énfasis agregado) porque el congreso delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante DECRETOS LEGISLATIVOS sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Es por este motivo que los DECRETOS LEGISLATIVOS están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rige para la ley.
- La ley que autoriza el ejercicio de la legislación delegada debe precisar:
 - La MATERIA y los CRITERIOS que definen el marco de las facultades legislativas que otorgan; y,
 - El plazo dentro del cual se pueden ejercer las facultades legislativas.
- La LEY que autoriza dictar DECRETOS LEGISLATIVOS en materia de leyes orgánicas debe aprobarse por mayoría calificada. El contenido de los DECRETOS LEGISLATIVOS no pueden exceder el marco definido.
- Para los efectos de su clasificación e identificación en el ordenamiento jurídico nacional, los DECRETOS LEGISLATIVOS se designan con la expresión “DECRETO LEGISLATIVO”, seguido del número cardinal que le corresponde.
- Los DECRETOS LEGISLATIVOS entran en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria del mismo decreto o de la ley autoritativa.
- El presidente de la República debe de dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los DECRETOS LEGISLATIVOS que dicta, dentro de los tres días posteriores a su publicación.
- Contra los DECRETOS LEGISLATIVOS procede ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ante el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sin perjuicio del CONTROL PARLAMENTARIO (Ley N° 25397)

Las Leyes Orgánicas, las Leyes Ordinarias y aun los Decretos Legislativos tienen un orden de numeración. Esta numeración es correlativa.

Respecto a los **Decretos Supremos** se indica que:

Es un vocablo tomado del latín, que significa decidir, determinar, distinguir.

En términos generales DECRETO es:

- Una orden girada por una autoridad, dirigida a un gobernado; es decir, es una resolución de un órgano público para un caso concreto.
- Acto escrito y unilateral de declaración de voluntad del PODER EJECUTIVO, especialmente, que regula situaciones concretas.
- Una formula escrita mediante la cual, normalmente, el PODER EJECUTIVO, principalmente, manifiesta su voluntad, ya sea tomando providencias relativas a sus atribuciones, ya sea poniendo en vigor normas que le compete promulgar.
- Son normas de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional. Pueden requerir o no de la aprobación del Consejo de Ministros, según disponga la Ley. En uno y otro caso son rubricados por el presidente de la República y refrendado por uno o más ministros, según su naturaleza. Rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario Oficial “El Peruano”, salvo disposición expresa. (Artículo 3º, inciso 2 del Decreto Legislativo 560 de fecha 29.03.90).
- Estos decretos son unilaterales, es decir, de DECLARACION DE VOLUNTAD DEL PODER EJECUTIVO, que contienen decisiones individuales o colectivas si se refieren a varias personas.

En el Perú el DECRETO es considerado como norma jurídica de rango inferior a la LEY (énfasis agregado)

Por otro lado, Víctor García Toma (GARCIA TOMA, 1995), respecto a los Decretos Supremos señala que “se trata de preceptos de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional. Se encargan de normar y supervigilar la organización y funcionamiento de los servicios públicos nacionales o las actividades de dichas instituciones. ***Asimismo, se encarga de reglamentar leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas***” (énfasis agregado)

Entonces; de lo desarrollado se concluye que, la aplicación ***del artículo 12 del Decreto Supremo N° 001-2018-IN*** que regula el régimen laboral para venezolanos, sí vulnera lo dispuesto por el **Decreto legislativo N° 689** toda vez que existen requisitos previos para la contratación de trabajador extranjero. Al respecto, cabe precisar que una norma situada en un rango inferior (Decreto Supremo), no puede oponerse a otra de superior rango (decreto legislativo). Teniendo en cuenta, que el Decreto supremo reglamenta leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, en el caso específico, el Decreto Legislativo N° 689 desarrolla una serie de requisitos que toda persona extranjera debe cumplir en caso desee laborar en el Perú.

4.2.2 El Decreto Legislativo N° 689 y su regulación en la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú.

Según el análisis del Decreto Legislativo N° 689 y su Reglamento, que regula la contratación de trabajadores extranjeros en el Perú; el Dr. Alonso Morales (MORALES ACOSTA, 2003) señala lo siguiente:

Respecto a los trabajadores comprendidos en la ley

En general, está comprendido en la ley, cualquier extranjero que desee laboral en nuestro país, esté residiendo en el exterior (y que mediante la empleadora sigue el trámite en nuestro país) o que haya ingresado al Perú, en calidad migratoria habilitante.

Empero la ley- en su artículo 3- ha querido considerar como nacionales a los extranjeros que se encuentren calificados en la ley y el reglamento como “exceptuados”.

Respecto a la aprobación del contrato.-

El nuevo texto del artículo 13° del reglamento (modificado por DS N° 023-2001-TR) difiere sustancialmente del antiguo, puesto que este último señalaba que la aprobación del contrato era automática, es decir que con la sola presentación del contrato a la Autoridad de Trabajo se entendía aprobado el mismo.

Sin embargo, el nuevo texto señala que la mencionada aprobación será otorgada en el plazo de 5 días hábiles de presentada la solicitud. Para tal efecto, la autoridad debe emitir una resolución.

Al respecto, la norma posibilita al empleador que subsane cualquier observación que formule la Autoridad de Trabajo en el plazo de tres (3) días hábiles como máximo.

Cabe resaltar que, la norma no precisa que sucede si transcurridos los cinco (5) días, no existe emisión de la resolución respectiva. Consideramos que en caso haya transcurrido el plazo sin pronunciamiento alguno el contrato quedara aprobado.

Una vez que sea devuelta la solicitud con la resolución de aprobación, el solicitante deberá dirigirse a la Autoridad Migratoria, a fin de que ésta constata la aprobación del contrato, y otorgue la calidad migratoria habilitante.

Cabe señalar que, en caso de desaprobación de la solicitud, el recurso impugnatorio contra dicha resolución de desaprobación será resuelto por la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Precisamos que, según la Ley de Contrataciones de Extranjeros el contrato se considera aprobado al momento de ser presentado. Sin embargo, el Decreto Supremo modificatorio del Reglamento establece que esta aprobación se hará dentro de 5 días hábiles. **Existe entonces una incongruencia entre ambas normas que deberá ser objeto de aclaración posterior por parte**

de la Autoridad de Trabajo, dada que por jerarquía normativa una ley solo puede ser modificada por otra ley, mas no por un decreto. (Énfasis agregado).

Respecto al lugar de aprobación: descentralización.-

Como se recordará, el reglamento antes de su modificatoria por el D.S. N° 023-2001-TR establecía que, si el desempeño de las labores del extranjero era efectuado en el ámbito nacional, debía solicitarse y aprobarse el contrato en la jurisdicción de Lima.

Con la modificatoria introducida al reglamento, si el desempeño de las labores del personal extranjero se efectúa en diversos centros de trabajo ubicados en distintas regiones del país, el empleador podrá presentar la solicitud de aprobación en cualquiera de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción Social de las localidades donde el extranjero realice sus labores.

Es decir, ya no tendrá que efectuar el trámite únicamente en Lima, como sucedía antes de la modificatoria del reglamento, por lo que este trámite simplificado ahorrara tiempo tanto al trabajador como al empleador.

Respecto a la Declaración jurada: Dentro de porcentajes limitativos

Otra innovación es que la Declaración Jurada que se presenta ante la Autoridad de Trabajo relativa a la contratación de extranjeros señalando que se respetan los porcentajes limitativos², ya no será firmada adicionalmente por el contador de la empresa, sino que bastara con la firma del gerente o representante legal de la misma. Con esta modificación, se circunscribe la responsabilidad al gerente o al representante legal.

Cabe resaltar que, la eliminación de este requisito de prescindir de la firma del contador modifica el formulario que se estableció para esta Declaración Jurada, mediante Resolución Ministerial 021-93-TR del 4 de febrero de 1993.

Respecto a la Acreditación de especialidad.-

Se ha precisado que se puede acreditar la especialidad del trabajador extranjero indistintamente con:

- Título profesional, o
- Títulos o certificados de estudios técnicos, o
- Títulos o certificados de experiencia laboral en el cargo

En ese sentido, se podrá presentar alternativamente cualquiera de los documentos que acrediten suficientemente que el trabajador se encuentra certificado para desempeñar el cargo.

² Los porcentajes referidos son: que los extranjeros no sean más del 20% de la totalidad de los trabajadores y que las remuneraciones de los mismos no superan el 30% del monto total de la planilla.

Respecto a la Solicitud y anexos.-

Con Ánimo de ser más precisos, a continuación, **describimos las características de la solicitud de aprobación del contrato y sus anexos:**

- a) Se deberá dirigir la solicitud de aprobación del contrato, mediante formato autorizado, a la autoridad administrativa de trabajo de la jurisdicción del centro de labores. En ese caso si las labores se efectúan en diversas zonas del país, se podrá solicitar la aprobación en cualquiera de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción Social.
- b) La solicitud deberá contener lo siguiente:
 - El contrato de trabajo en tres juegos
 - La declaración jurada del empleador en el sentido que no se está excediendo los porcentajes limitativos por ley.
 - Comprobante de pago del derecho correspondiente a la autoridad administrativa de trabajo.
 - Alternativamente el título profesional o los títulos o certificados de estudios técnicos o certificados de experiencia profesional. No es necesaria la presentación conjunta de todos los documentos, puede presentarse cualquiera de ellos siempre que se acredite la vinculación entre la calificación del trabajador y el servicio a prestarse.
 - Fotocopia del pasaje o billete al que hace referencia e inciso D del artículo 8 de la ley o, declaración jurada pro la que se garantiza el transporte pertinente el cual puede ser consignada como clausula en el mismo contrato, o la constancia de las coordinaciones de retorno de la organización internacional para las migraciones.
 - Cuando se solicite la exoneración de los porcentajes limitativos, se debe incluir la documentación que corresponda, según el caso, de conformidad con el artículo 18 del reglamento.

En efecto el artículo 18 establece lo siguiente:

- Para el caso de personal profesional o técnico especializado se presentara el título profesional o su equivalente en caso de carreras técnicas y las constancias de trabajo que acrediten los conocimientos técnicos y prácticos declarados.
- Para el caso de personal de dirección o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconversión empresarial, se deberá acreditar la función gerencial o de dirección en la empresa con una clausula ene l contrato que establece expresamente el cargo y las funciones a desarrollar o el documento donde conste el nombramiento. La nueva actividad empresarial o la reconversión empresarial se acreditara con un informe de la empresa el cual tendrá el carácter de declaración jurada.
- Para el caso de profesores contratados para la enseñanza superior o de enseñanza básica o secundaria en colegios particulares extranjeros, o de enseñanza de idiomas en colegios particulares nacionales, o en centros especializados de enseñanza de idiomas, se acreditara en supuesto con el título que acredite la especialidad.
- Para el caso de personal de empresas del sector públicos o de empresas privadas que tengan contratos celebrados con organismos instituciones o empresas del sector público, se requerirá el informe del sector respectivo referido a la conveniencia de contratar personal extranjero para lleva a cabo proyectos y obras de transcendencia nacional.

Respecto de las certificaciones notariales:

La nueva normatividad le da al mismo valor tanto a la fotocopia certificada visada por el servicio consular y el ministerio de relaciones exteriores, como a la fotocopia legalizada notarialmente.

En ese contexto, los títulos y certificados de carácter profesional o técnico y los certificados laborales expedidos en el exterior, podrán presentarse en fotocopia legalizada por notario o en fotocopia certificada y visada por el servicio consular y el ministerio de relaciones exteriores del Perú.

Esta nueva disposición permite ahorrar costos (en tiempo y dinero), dada la mayor facilidad que existe en obtener la certificación por notario.

Respecto de las facultades de la autoridad migratoria y de la autoridad de trabajo:

Las modificaciones introducidas en el reglamento señalan que *la autoridad migratoria deberá constatar la aprobación del contrato por parte de la autoridad de trabajo, antes de otorgar la calidad migratoria habilitada.* (Énfasis agregado)

Vale decir que, si la autoridad migratoria no constata la aprobación del contrato, no otorgará la calidad migratoria respectiva³; con lo cual el trabajador extranjero no podrá desempeñar sus funciones, puesto que conforme hemos mencionado, **el trabajador extranjero únicamente puede comenzar a trabajar una vez que ha obtenido la aprobación de su contrato y la calidad migratoria habilitante.** (Énfasis agregado)

Por el lado de la autoridad de trabajo, la norma ha establecido que esta tiene la calidad de fiscalizar la veracidad de los documentos que han sido entregado para la aprobación del contrato pudiendo en muchos casos dejar sin efecto la resoluciones de aprobación, siempre que se comprueben la falsedad de los documentos presentados.

De lo desglosado anteriormente, se concluye que el Decreto Legislativo N° 689 regula el régimen laboral de los trabajadores extranjeros, incluyendo los de nacionalidad venezolana; es decir, el mencionado decreto, regula la contratación de extranjeros en sentido estricto, sin hacer distinción de nacionalidad. Siendo así, en el presente trabajo, ha quedado claro que un ciudadano extranjero de nacionalidad venezolana que quiera laborar en el Perú, debe acogerse al Decreto Legislativo mencionado y con ello, cumplir con los requisitos que de éste se desprenden. Aunado a ello, es necesario reafirmar que en nuestra legislación ya se regula por LEY la contratación de trabajadores extranjeros.

³ Obviamente la constatación no alcanza a los extranjeros exceptuados, los que solo tienen que acreditar su contrato de trabajo por escrito cuando se trate de relación laboral a plazo indefinido.

4.2.3 Implicancias de la aplicación del artículo 12 regulado en el DS N° 001-2018-IN en el Perú.

Antes de indicar las implicancias, cabe hacer algunas precisiones respecto al PTP.

Con la publicación del Decreto Supremo 001-2018-IN, del 23 de enero del 2018, en su artículo Primero; se señalaba que se podían acoger al beneficio del PTP las personas de nacionalidad venezolana, que **hayan ingresado al territorio nacional hasta el 31 de diciembre de 2018.**

Sin embargo; el gobierno peruano modificó los plazos de tiempo que rigen para que los **ciudadanos venezolanos** puedan acogerse al PTP (decreto supremo N° 007-2018-IN). El documento **alcanza a todo aquel venezolano que ingrese al territorio peruano hasta el 31 de octubre de 2018.**

El plazo para presentar la solicitud del PTP vencerá el 31 de diciembre de 2018, el mismo que en un primer momento era hasta el 30 de junio del próximo año.

También es necesario mencionar que el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, Aprueba los lineamientos para el otorgamiento del **Permiso Temporal de Permanencia** para las personas de nacionalidad venezolana, el mismo que en su artículo 12 Regula el Régimen laboral, materia de la presente investigación; y, que a la letra dice:

Artículo 12°.- Régimen Laboral

Con el otorgamiento del PTP, **se faculta a la persona beneficiaria a trabajar formalmente en el territorio nacional**, en el marco de la legislación peruana. Para tal efecto, MIGRACIONES comunicará al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el otorgamiento del permiso, a efectos que se libere a la persona beneficiaria con el PTP de restricciones de carácter laboral.

El texto del artículo 12°, inicia indicando que los ciudadanos de nacionalidad venezolana; luego que la Superintendencia Nacional de Migraciones haya otorgado el PTP, podrán trabajar formalmente en el territorio nacional, en el marco de la legislación peruana, esto es, bajo cualquier modalidad que la ley laboral nacional establece.

Asimismo, se señala que MIGRACIONES, sólo deberá comunicar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el otorgamiento del permiso (PTP), a efectos que se libere a la persona beneficiaria con el PTP de restricciones de carácter laboral. En este punto cabe señalar que, a diferencia de lo establecido en el artículo 7° de la Ley para la contratación de trabajadores Extranjeros *“La solicitud de aprobación de contratos de trabajo y la documentación respectiva, será presentada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la jurisdicción donde se encuentre el centro de trabajo”*, y el artículo 13 del Reglamento (Decreto Supremo N° 014-92-TR), donde se señala que *“Una vez que sea devuelta la solicitud con la resolución de aprobación, el solicitante deberá dirigirse a la Autoridad Migratoria, a fin de que ésta constate la aprobación del contrato, y otorgue la calidad migratoria habilitante”*. Queda claro, cuáles han sido las restricciones de carácter laboral de las que fueron liberadas las personas beneficiadas con el PTP.

Ahora bien, en cuanto a las implicancias del mencionado artículo he concluido, en que miles de personas de nacionalidad venezolanas luego de haber salido de su país e ingresar a territorio peruano en estos dos últimos años, se acogieron al beneficio del PTP, efectuándose con ello la liberación de las restricciones de carácter laboral tal como lo regula el Decreto Supremo desarrollado en el punto anterior; con ello, se ha podido contratar sin mayor trámite que la adquisición del PTP, facilitando así su ingreso al mercado laboral peruano.

Esto también, ha significado un impacto en el mercado laboral para los peruanos, quienes se han visto desplazados por la mano de obra de los trabajadores venezolanos, quienes en muchos casos son preferidos por los empleadores debido a que ello implica una menor inversión en su capital humano. Si bien es cierto los trabajadores de nacionalidad venezolana aportan diversos conocimientos en las diferentes ramas, ello no significa que deban excluirse del Decreto Supremo N° 689 el cual contempla la regulación laboral de los extranjeros en forma estricta.

CONCLUSIONES

1. La globalización y la migración son dos conceptos que van de la mano y del cual nuestro país no es ajeno, ello a la vez genera interesantes aportes en planos como el cultural, social, comercial, entre otros; sin embargo, para referirnos al plano laboral, debe quedar claro que su regulación es trascendental dentro de cada país y no solo basta con regularlo, sino que debe ser actualizado de acuerdo a las nuevas necesidades; para precisar ello debemos analizar la forma en que viene siendo regulada la migración laboral, siendo responsabilidad de los Estados desarrollar una política de migración adecuada, integral, coherente y respetuosa de los derechos fundamentales.
2. La crisis económica por la que pueda estar atravesando un País no solo es un problema que involucra a sus nacionales y autoridades, sino que también puede involucrar a otros países; por ello, se deben implementar medidas a nivel de gobierno, políticas en diferentes sectores, para que con ello se pueda enfrentar el fenómeno migratorio que en estos últimos años se ha visto bastante fortalecido en el Perú y América Latina.
3. El marco normativo interno que regula la contratación de los trabajadores extranjeros en nuestro país, en especial el Decreto Legislativo N° 689, considero; que, al haber sido promulgada a inicios de la década de los 90 y estando vigente la Constitución Política del Perú de 1979, carece de criterios que atañen a la realidad actual.
4. Del análisis que he realizado, pertinente a la vulneración de la Jerarquía Normativa entre el Decreto Legislativo N° 689 que regula la Contratación de Trabajadores Extranjeros en el Perú y el Decreto Supremo N° 001-2018-IN que regula los Lineamientos para el Otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia para las Personas de Nacionalidad Venezolana; se concluyó que existe una contradicción entre la norma con rango de LEY y el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, Decreto que ostenta un rango inferior a la Ley, por lo que no debió bajo ninguna circunstancia transgredirla ni desnaturalizarla, debiendo regular el Régimen laboral para ciudadanos de nacionalidad venezolana bajo los criterios y exigencias establecidos en la Ley y reglamento.
5. Considero que el Decreto Supremo N° 001-2018-IN, ha sometido a un tratamiento diferenciado respecto a otras nacionalidades, incluso con las que se han suscrito acuerdo y convenios internacionales. Si bien, puede ser respuesta a la grave crisis que vive Venezuela y la necesidad de sus nacionales en buscar mejoras laborales, ello no significa que los órganos encargados de legislar deban emitir normas transgrediendo las ya existentes, sino que al contrario, debería legislar bajo la misma línea o en su defecto, modificar la Ley en armonía con nuestra constitución.
6. Es importante mencionar que, en julio del 2018 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) emitió la Resolución Ministerial N° 176-2018-TR, que fijó algunas disposiciones para la contratación laboral de venezolanos con Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario – Provisional, donde señala que el contrato laboral, así como sus prórrogas y modificaciones, se celebran por escrito y a plazo determinado, y no debe ser superior a la vigencia del Acta de Permiso de Trabajo Extraordinario - Provisional o del PTP, si bien esta Resolución devuelve algo de armonía al

ordenamiento jurídico ya establecido para la contratación de los trabajadores extranjeros, creo que – reitero- se debería revisar y actualizar la LEY y el REGLAMENTO existente.

7. Los ciudadanos venezolanos que hayan ingresado al Perú por cualquier puesto de control migratorio del Perú desde el 01 de noviembre del 2018 en adelante, no podrán acogerse al PTP, por lo tanto, no podrán gozar de los beneficios que éste les ofrece, esto debido a las altas cifras de ciudadanos acogidos hasta la fecha con el PTP.
8. Respecto al empleo, en el mercado peruano ha ido variando sustancialmente a través de los últimos meses, variación que no ha sido positiva, debido a que el índice de desempleo ha incrementado a su mayor tasa de los últimos seis años, según informe emitido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INE, concluyendo que con la llegada de un gran número de ciudadanos venezolanos el Perú incrementa también su índice de desempleo.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que las leyes que regulan la contratación de Trabajadores extranjeros en el Perú sean revisadas y actualizadas conforme a la realidad migratoria que vive hoy el Perú, con la finalidad de obtener una reforma que no distinga nacionalidades y que asegure a los migrantes un efectivo cumplimiento de sus derechos laborales.
2. Evitar que los órganos del estado encargados de regular lo competente a la contrataciones de trabajadores extranjeros en el Perú **vuelvan a crear normas que atenten contra la jerarquía normativa existente**; tal como es el caso del Decreto Supremo N° 001-2018-IN, norma que se opone a otra de rango superior, es decir, con rango de Ley. Sin embargo; cabe precisar que el mencionado decreto viene quedando sin vigencia, toda vez que el 05 de julio del 2018 se publicó el decreto supremo N° 007-2018-IN, donde se pone fin al beneficio del PTP para los ciudadanos venezolanos que ingresaron al Perú hasta el 31 de Octubre del 2018, los mismo que **tiene como plazo máximo el día 31 de diciembre del 2018 para presentar su solicitud y acogerse al PTP**, quedando, por lo tanto, sin efecto cualquier tipo de solicitud referente al PTP a partir del 01 de enero del 2019.
3. Continuar con el desarrollo de las investigaciones dirigidas a conocer los vacíos e incongruencias en que puedan devenir las normas de carácter laboral, en especial la de trabajadores extranjeros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABRERA VASQUEZ, M. A., & QUINTANA VIVANCO, R. (2000). *¿CUALES SON LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?* LIMA: WMB & ASOCIADOS SRL.
- CAJO COSAVALENTE, J. D. (2017). *TRABAJO ACADEMICO-LA CONTRATACION DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL PERU ¿AMPARANDO LA DISCRIMINACION LABORAL POR CONDICION DE NACIONALIDAD?* Lima: Pontificia Universidad Catolica del Perú.
- CARBAJAL SANTIAGO, G., & TOSCANO LAZO, Grabiél. (2010). *TESIS- FACTORES SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES QUE INCIDEN EN LA MIGRACION A LOS ESTADOS UNIDOS DE LOS JOVENES EN EL BARRIO POR VENIR DEL DISTRITO DE HUANCAN (2007-2008)*. Huancayo: Universidad Nacional del Centro del Perú.
- CASACION, 1345-98-LIMA (SALA CIVIL 20 de enero de 1999).
- CASTILLO CALLE, M. (2012). LA NORMA JURÍDICA EN EL SISTEMA. *DERECHO Y CAMBIO SOCIAL*, 3-7.
- CHANAME ORBE, R. (1995). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lima: San Marcos.
- CULQUI FERNANDEZ, A. (2015). *TESIS- "LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL PERÚ"*. Lima: Pontificia Univeridad Catolica del Perú.
- FERNANDEZ SEGADO, F. (1992). *EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*. MADRID: Dykinson.
- FURNISH, D. B. (1972). La Jerarquía del Ordenamiento Jurídico Peruano. *Derecho PUCP*, 61-77.
- GARCIA TOMA, V. (1995). *LA LEY EN EL PERÚ*. LIMA: EDITORA JURIDICA GRIJLEY EIRL.
- KELSEN, H. (2009). *TEORIA PURA DEL DERECHO*. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- LINARES VIZCARRA, M. L. (2010). *Derecho en Negocios Internacionales*. Lima: Estudio Jurídico Empresarial.

- MECA QUEREVALU, M., & TEMOCHE QUEZADA, G. (2015). *El debido proceso en la Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial frente al Derecho de Identidad*. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Piura, Piura.
- MORALES ACOSTA, A. (2003). *UNA LEY PARA CONTRATAR EXTRANJEROS, EL TRABAJO UNIENDO A LOS PUEBLOS*. LIMA: ASESORANDINA SRL.
- REBAZA MARTELL ALEJANDRO, CRUZ SANDOVAL GONZALO, MALDONADO PEREZ JENNIFER. (2016). *DEFINICIONES JURIDICAS*. 39- 652.
- REBAZA MARTELL, Alejandro; CRUZ SANDOVAL, Gonzalo y MALDONADO PEREZ, Jennifer. (2016). *DEFINICIONES JURIDICAS*. LIMA: FFECAAT.
- RIOJA BERMUDEZ, A. (2017). *CONSTITUCION POLITICA DEL PERU*. LIMA: JURISTAS EDITORES.
- RODRIGUEZ VALDERRAMA, J. w. (2015). *TESIS-DETERMINANTES DE LA MIGRACION INTERNA Y SU INCIDENCIA EN EL NIVEL DE VIDA DE LA POBLACION PERAUANA: PERIODO 2000-2012*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- RUBIO CORREA, M. (2000). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU.
- RUIZ PEREDA, Dennis & VIZCONDE CIPRIANO, Harish. (2016). *Derecho a la Identidad como objeto de Protección de la Ley N°28457 que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial*. Tesis para optar por título de abogado, UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, Trujillo.
- TOMAYA MIYAGUSUKU, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú-Un Enfoque Teórico y Práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (08 de agosto de 2017). *ALCANCES Y LIMITES DE LA LEY QUE MODIFICA EL PROCESO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL*. Obtenido de sitio web Legis.pe.
- VICTORIA ROSAS, H. (2014). *DERECHO A LA MIGRACIÓN LABORAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LA EMPLEABILIDAD EN LA COMUNIDAD ANDINA*. Lima: Tesis para optar el grado de Magister, PUCP.
- VILLARREAL CORDOVA, Z. J. (2017). *La Determinación de la Filiación Biológica, en la Maternidad Subrogada, en su variante Heteróloga*. (Tesis para obtener título de abogado), Universidad Nacional de Piura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Piura.

